

Carlos I. Muñoz Rocha

*T*eoría del derecho



OXFORD

CARLOS I. MUÑOZ ROCHA



Licenciado en derecho por la Universidad Tecnológica de México (Unitec), maestro en derecho por la Universidad Iberoamericana (UIA) y doctor en derecho de la empresa, con mención honorífica, por la Universidad Anáhuac y la Universidad Complutense de Madrid.

Cuenta con amplia trayectoria docente en la licenciatura en derecho de diferentes universidades, entre ellas la Unitec, donde ha impartido clases durante más de 30 años; la Universidad Autónoma Metropolitana, donde obtuvo la cátedra de Teoría del derecho por oposición, y la UIA. Asimismo, ha impartido cátedra en los niveles de maestría y doctorado en la propia Unitec y en muchas otras universidades públicas y particulares del país, así como en el Centro de Formación y Actualización Judicial (Ceforaj), del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua.

Ha impartido, entre otras, las asignaturas siguientes: Teoría del derecho, Deontología jurídica, Ciencia política, Filosofía del derecho, Derecho constitucional, Derecho civil, Metodología de la investigación (en licenciatura, maestría y doctorado), Argumentación jurídica, Mediación familiar, Filiación y derecho de menores.

Ha sido tutor de innumerables tesis de licenciatura, maestría y doctorado.

Diseñó la maestría en Derecho de familia para el Ceforaj del Supremo Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.

Ha publicado las obras siguientes: *Apuntes para la democracia* (coautor); *Fundamentos para la teoría general del derecho*; *Teoría del derecho*; *Lexicología jurídica*; *Bienes y derechos reales*, *Filosofía*; *Etimologías grecolatinas del español*. Es autor además de diferentes textos universitarios publicados por la Unitec, así como de diversos artículos en revistas jurídicas universitarias.

Ha impartido numerosas conferencias, cursos y seminarios sobre diferentes aspectos del derecho en varias instituciones de educación superior de la República Mexicana, así como en el Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tribunales superiores de justicia de los estados, la Asociación Nacional de Facultades y Escuelas de Contabilidad y Administración, la Teso-

rería de la Federación y la Procuraduría Fiscal de la Federación, así como en las universidades Autónoma de Chihuahua, Autónoma de Chiapas, Autónoma de Nuevo León, de Guadalajara, Autónoma de Yucatán, de Sonora, Panamericana de la Ciudad de México y de Aguascalientes, además de la Escuela de Organización Industrial de la Universidad Complutense de Madrid.

Se le ha otorgado la Gran Cruz de Caballero de Santiago por la Asociación Nacional de Guardias Civiles “Marqués de las Amarillas”, de España, así como el doctorado honoris causa por el Instituto Mexicano de Victimología. Es Maestro Distinguido de la Universidad Tecnológica de México, consejero técnico del Ceneval en el área de derecho y miembro de número de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo.

Además de su labor docente, ha ocupado diversos puestos directivos en la Unitec, donde ha sido abogado general, director de la Facultad de Derecho, rector de campus, director general de Formación y Desarrollo Académico, director general de Desarrollo Académico, director general de Posgrado y Planeación Académica. En la actualidad es director de Desarrollo Curricular en esta institución.

Teoría del Derecho

OXFORD

UNIVERSITY PRESS

Teoría

del Derecho

Carlos I. Muñoz Rocha
UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE MÉXICO

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford, el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación, mediante publicaciones en todo el mundo. Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido, México y otros países.

D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2015

Av. Insurgentes Sur 1602, int. 11-1101 Col. Crédito Constructor, Benito Juárez
Ciudad de México, C.P. 03940

www.oup.com.mx

TEORÍA DEL DERECHO

Textos Jurídicos Universitarios

Primera edición: Julio de 2007

Sexta reimpresión: marzo de 2016

ISBN 978-970-613-848-4

Autor: Carlos I. Muñoz Rocha

Academic consultant: Leonel Pereznieto Castro

Commissioning editor: Flor María Díaz Soto

Dirección editorial: Mario Andrés Aliaga Valenzuela

Edición: Javier López Campoy

Producción: Paula Sosa Jiménez

Supervisión: Gloria Luz Olguín

Portada: Brenda Reyes Coix

Formación editorial: Silvia Plata Garibo

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida en ningún sistema electrónico o por cualquier medio, sin la autorización previa por escrito de Oxford University Press México, S.A. de C.V. El editor no se responsabiliza de los contenidos de las páginas web enlazadas o referenciadas en esta publicación.

Se terminó de imprimir en

Impresora y Editora Xalco, S.A. de C.V.

www.grupocorme.com

Tel. (55) 5784-6177

Se usaron tipos Garamond (11/13.5, 9/11 pts.) y Chopin Script (70 pts.) sobre papel Bond Editor Alta Opacidad de 75 g.

Impreso en México

*D*edicatorias

A Verónica;
Verónica y Carlos.
¡Razones de mi vida!

A todos mis miles de alumnos de todas las universidades.
Por permitirme aprender intentando enseñar.
¡Todos inteligentes e inolvidables!

Especialmente a la Universidad Tecnológica de México,
que me ha dado todo lo que tengo y a la que he dado todo
lo que soy.
¡Verdaderamente vidas paralelas. Hemos crecido juntos!

A los que enfrentan la adversidad porque han nacido en ella;
luchan con limpieza porque son nobles,
vencen porque tienen coraje y ganan batallas diarias.
Son fuertes de espíritu, y tienen claridad de metas.
¡Auténticos guerreros!

A Humberto Ruiz Torres, gratitud.

Contenido

PRÓLOGO	xiii
INTRODUCCIÓN	xv
1. LA REALIDAD	3
Realidad	4
Realidad o teoría de los objetos	6
Realidad factual	8
Realidad formal	9
El derecho como objeto	11
Actividades	13
2. EL CONOCIMIENTO	15
El conocimiento	16
Nociones sobre la teoría del conocimiento	18
Posibilidad del conocimiento	20
Escepticismo	20
Con qué conocemos	22
Empirismo	22
Racionalismo	23
Qué conocemos	24
Idealismo	24
Materialismo	25
Concepto de conocimiento	26
Proceso del conocimiento	28
Factores del conocimiento	29
Sujeto	29
Objeto	30
Problemas de la relación sujeto-objeto	32

Tipos de conocimiento	34
Conocimiento popular	34
Conocimiento científico	35
Actividad	38
El conocimiento jurídico	39
Fuentes del conocimiento jurídico	41
Actividades	49
 3. LA CIENCIA	 51
Concepto de ciencia	52
Concepto etimológico	53
Concepto sociológico	53
Concepto filosófico	55
Otros conceptos de ciencia	56
Estructura de la ciencia	58
El objeto	58
El método	60
La teoría	61
Clasificación de la ciencia	62
Clasificación de la ciencia de acuerdo con los objetos	64
Clasificación de las ciencias de acuerdo con el método	65
Clasificación de la ciencia de acuerdo con la teoría	66
Actividades	71
 4. MÉTODO Y METODOLOGÍA	 73
El método	74
Tipología del método	74
El método científico	78
Planteamiento general del método científico	80
Características del método científico	83
Estructura del método científico	87
Metodología	90
Nociones sobre metodología	90
La metodología y su tarea de construir teorías científicas	92
Teoría del conocimiento y metodología de la ciencia	94

Actividades	98
5. TEORÍA DEL DERECHO	99
La teoría	100
Elementos de la teoría	102
Funciones de la teoría del conocimiento jurídico y de la metodología jurídica en la formación de las diversas teorías del derecho	107
Teoría del conocimiento jurídico	107
Metodología jurídica	113
Funciones de la teoría del conocimiento jurídico y de la metodología jurídica en la formulación de las diversas teorías del derecho	117
Marco teórico conceptual para la elaboración de cada teoría	120
Participación de las teorías del derecho en la construcción de la ciencia jurídica	121
Teorías del derecho	124
Origen de las teorías del derecho	127
Evolución: aspectos contemporáneos	128
Efectos de la globalización en las teorías del derecho	134
Teorías del derecho en el siglo XXI	138
Actividades	142
6. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES	143
Conceptos jurídicos fundamentales	144
Definición de los conceptos jurídicos fundamentales	144
Definición de conceptos jurídicos contingentes	146
Origen e importancia de los conceptos jurídicos fundamentales	146
Exposición de los conceptos jurídicos fundamentales de conformidad con las teorías siguientes: formalismo jurídico, realismo jurídico, iusnaturalismo contemporáneo y positivismo analítico	148
Formalismo jurídico	148
Realismo jurídico	157
Concepto de derecho vigente	160
Iusnaturalismo	164

Decadencia y resurgimiento del derecho natural	168
Panorama del iusnaturalismo en el siglo xx	170
Positivismo analítico	174
Representante del positivismo analítico: John Austin	177
Los conceptos jurídicos fundamentales	179
Derecho subjetivo	181
Teoría de los derechos subjetivos	183
Los derechos subjetivos según Hans Kelsen	185
Clasificación de los derechos subjetivos	186
Deber jurídico	198
Acción antijurídica y sanción	200
Actividades	205
7. TÉCNICA JURÍDICA	207
Noción de técnica	208
Diferencia entre metodología jurídica y técnica jurídica	210
Definición de jurisprudencia técnica	210
Problemas que estudia la jurisprudencia técnica	211
Hermenéutica	212
Aspectos históricos. Origen de la hermenéutica	212
La teoría de la interpretación bíblica	214
Interpretación e historia	215
La hermenéutica en el derecho	216
Problemas de la aplicación del derecho	219
Diversas escuelas de interpretación	220
Escuela de la exégesis	222
Escuela histórica alemana	226
Jurisprudencia dogmática	230
Jurisprudencia de conceptos	233
Jurisprudencia de intereses	235
Escuela científica francesa	237
Escuela del derecho libre	240
Escuela del realismo	242
Escuela escandinava	243
Escuela anglosajona	247
Escuela de la argumentación jurídica	248

Escuela del lenguaje o analítica	250
Integración jurídica	253
Operaciones lógicas para resolver problemas de interpretación e integración	256
Ámbitos de validez de la norma jurídica	264
Ámbito espacial	267
Ámbito temporal	268
Ámbito material	269
Ámbito personal	271
Vigencia de la norma jurídica	272
Abrogación o derogación	275
Normas de vigencia determinada e indeterminada	275
Conflicto de leyes en el tiempo	276
Retroactividad e irretroactividad	277
Conflicto de leyes en el espacio	281
Principios de territorialidad y extraterritorialidad de la ley	282
Problemas de contradicción de leyes (antinomias jurídicas)	293
Concepto de antinomia	294
Tipos de antinomias	296
Criterios para la solución de antinomias	296
Actividades	302
 BIBLIOGRAFÍA	 305
 ÍNDICE ONOMÁSTICO	 311
 ÍNDICE ANALÍTICO	 313

Prólogo

Un gran honor, y un gran compromiso, que el señor doctor Carlos Ignacio Muñoz Rocha, me haya invitado a prologar su trascendente obra *Teoría del derecho*.

Es tema para mayores y no para quienes quieren improvisar desvaríos jurídicos respecto al contenido de la ciencia del derecho, pretendiendo que quien se dedique a esta rama de la ciencia puede actuar —a la manera anglosajona— bajo experiencias prácticas y precedentes judiciales, que además de no requerir estructura científica alguna ignoran que toda disciplina procedente del saber humano siempre requiere —ante todo— conocer los orígenes de la parte del saber humano que se analiza, sus causas profundas, sus escapes, sus metas intermedias y finales, su técnica de aplicación, sus fines y desarrollos hacia el futuro, y finalmente el legado estructural de su tránsito: los principios fundamentales que desarrolla el autor, y que en derecho tienen un capítulo destacado: el criterio jurisprudencial.

Sí, problemática para ser desarrollada por mayores en el saber, que en derecho no sólo requieren de esa madurez, sino también aceptar que deben actuar hondamente comprometidos, y encontrarse sus exponentes firmemente acreditados.

Carlos Ignacio Muñoz Rocha encaja totalmente en las anteriores descripciones: licenciado, maestro y doctor en derecho es un ejemplo que honra a la Universidad Tecnológica de México en donde en distintas épocas, se le ha nombrado —reconocido diría yo—, Director del Sistema de Instrucción Personalizada, Director de su Facultad de Derecho y Abogado General de la propia Universidad, Director General de Servicios Académicos, que lo es ahora, y finalmente Director General de su Universidad en la cual se desempeñó con firmeza todavía hasta el año 2000.

Sólo un hombre con tanta y tan profunda capacidad y experiencia podría acercarnos al conocimiento jurídico para explicarnos con sencillez pero con profundidad especial la gran pregunta que todos nos hacemos: *¿qué es el derecho?*

Da contestación el autor a dicha interrogante en forma principal, cuando piensa en sus alumnos y a ellos —a nosotros— dirige sus análisis y sus conclusiones porque, para bien de México el constructor de esta obra pretende descubrir más que preguntar, aunque admite que los alumnos adquieren sus conocimientos profesionales precisamente preguntando ante todo. Y en esta obra el Maestro nos contesta con sencillez pero con amplia fundamentación y con rigorismo científico.

Él mismo nos documenta —en este texto— cómo ha estructurado este resumen de lecciones a los alumnos primerizos de su Universidad: *en forma sencilla y didáctica*. Pero aclara que tal aparente simplicidad le ha obligado a desarrollar previamente conceptos epistemológicos, metodológicos, filosóficos y de teoría de la ciencia. En todos ellos el autor es una autoridad, que ampliamente le reconoce -y le premia- la Universidad Tecnológica de México.

Simplemente releendo el índice de esta obra se puede abarcar la riqueza e importancia de la temática que en ella desarrolla, así como la infinidad de temas que si bien dirigidas especialmente al derecho pertenecen a todas las ciencias del hombre.

Lo que hace difícil al que ha escogido la carrera de derecho —lograr comprensivamente la meta final de su existencia— es la gran cantidad de teorías, algunas totalmente contradictorias que existen sobre la esencia del derecho. Abrumar al alumno con ellas, y no proporcionarle conocimientos que le permitan ubicar su posición personal, es simplemente criminal. Es desilusionar a quienes quizás sí tenían una vocación jurídica patente.

Don Carlos Ignacio se hace cargo de ese obstáculo y empieza por poner en juego los conceptos jurídicos fundamentales, su definición, su origen y su importancia, su aspecto ideológico, y un apartado muy importante para mí, los derechos subjetivos públicos (indispensables para quien llegue a tener simpatías por nuestro juicio de amparo).

No se olvida que toda ciencia requiere de una técnica de estructuración y de aplicación. En derecho la hermenéutica, instrumento fundamental para la interpretación de las normas jurídicas, para mí es el único camino que puede llevarnos al valor justicia, que ingenuamente muchos juristas pretenden encontrar en el entramado del derecho positivo.

El autor de esta obra ha estudiado y analizado los conceptos básicos del derecho para nuestro beneficio. Pero no se contenta con proporcionar información; por el contrario, según su personal expresión pretende lograr que en su lector él logre provocar “*la intranquilidad y el asombro que le conduzcan a escudriñar los secretos de la naturaleza, los secretos de la vida, los secretos de nuestro pensamiento*”.

Para conmover y motivar nuevas vocaciones en el derecho, vocaciones firmes y motivadas, los Maestros ante todo deben capacitarse ellos como Carlos Ignacio Muñoz Rocha, digerir lo mejor de sus análisis para explicar lo acumulado, y finalmente motivarlos con la hermosura y profundidad de nuestra ciencia.

Juventino V. Castro y Castro
Octubre del 2006.



Introducción

Para la realización de la presente obra de *Teoría del derecho*, se tomó como base el programa de estudios de la Universidad Nacional Autónoma de México de dicha asignatura, aunque, por supuesto la obra no sólo va dirigida a los estudiantes de derecho de esa institución y otras del país, sino a toda persona interesada en incursionar en el conocimiento de la ciencia jurídica.

Fue necesario, para lograr esta pretensión, hacer una recopilación amplia de materiales, que se encuentran dispersos en gran cantidad de obras, las cuales desgraciadamente cada día y por múltiples razones son inaccesibles para los estudiantes de la licenciatura en derecho, no sólo de la mencionada Universidad sino también de cualquiera que se acerque, por intereses académicos o por simple curiosidad, al estudio de la teoría del derecho.

También es preciso señalar que, en virtud de que la obra está dirigida a estudiantes que cursan el segundo semestre de la licenciatura, hubo necesidad de desarrollar el texto en forma sencilla y didáctica. Por otra parte, en el desarrollo de los temas del presente libro se consideró la imposibilidad de agotar los temas, que en sí mismos son complicados y muy extensos, por lo que se estableció como objetivo dar una visión amplia de ellos para provocar en los estudiantes un acercamiento a aspectos que han sido materia de discusión entre los grandes juristas desde hace siglos y que aún se siguen debatiendo, pues no existe entre ellos acuerdo común.

Sobre la materia en cuestión es obligado señalar que contiene aspectos epistemológicos, metodológicos y, en general, de filosofía y de teoría de la ciencia, por lo cual fue necesario hacer algunas reestructuraciones al contenido de la obra. De esta manera, pensando en que los estudiantes no cuentan con el dominio suficiente de filosofía, metodología o teoría general de la ciencia, ya sea porque no las estudiaron o porque las han olvidado, antes de abordar los problemas estrictamente metodológicos y de la teoría del derecho, en los primeros capítulos se exponen, de manera sencilla, los temas de la realidad o teoría de los objetos (capítulo primero); aspectos generales sobre epistemología o teoría del conocimiento (capítulo segundo); la ciencia, los distintos conceptos de ciencia, la estructura de la misma (capítulo tercero), lo que nos pone en condiciones de entender la realidad como objeto de estudio de la ciencia, así como comprender el método y la teoría como elementos indispensables

para realizar la actividad científica; en el capítulo cuarto abordamos el tema del método y la metodología, el planteamiento general del método, su estructura o elementos, sus características, la relación método-metodología, sus vinculaciones con la teoría del conocimiento, entre otros interesantes asuntos.

Se consideró que estos primeros capítulos son indispensables para ingresar con ciertas bases en el estudio de la teoría del derecho, ya que en esta disciplina se vinculan aspectos epistemológicos, metodológicos y, en general, de teoría de la ciencia. La experiencia docente de quien esto escribe le ha mostrado que si se carece de un conocimiento de estos temas, la teoría del derecho se torna ininteligible. Como ya se comentó, no se quiso dar por hecho que el recién estudiante de derecho los posea y se pensó que era mejor tratarlos. Pero también se tomó en cuenta que no son estudiantes de filosofía, por tal motivo fue necesario redactar estos capítulos en forma sencilla, considerando que su objetivo era establecer una pequeña base teórica que sirviera de punto de partida para abordar los siguientes temas.

En el capítulo quinto se inicia el estudio de teoría del derecho, explicando aspectos generales de la teoría, la relación entre teoría del derecho y metodología jurídica, así como las funciones de la teoría del conocimiento jurídico y la metodología jurídica en la construcción de las teorías del derecho. También se abordan los marcos conceptuales de las teorías así como la participación de la teoría del derecho en la construcción de la ciencia jurídica, y se presentan algunas teorías del derecho y breves reflexiones sobre la teoría del derecho en el marco de la globalización, entre otras.

En el capítulo sexto se estudia uno de los temas indispensables de la teoría del derecho: los conceptos jurídicos fundamentales, con los cuales el estudiante de derecho tendrá que ver durante sus estudios y en toda su vida como abogado.

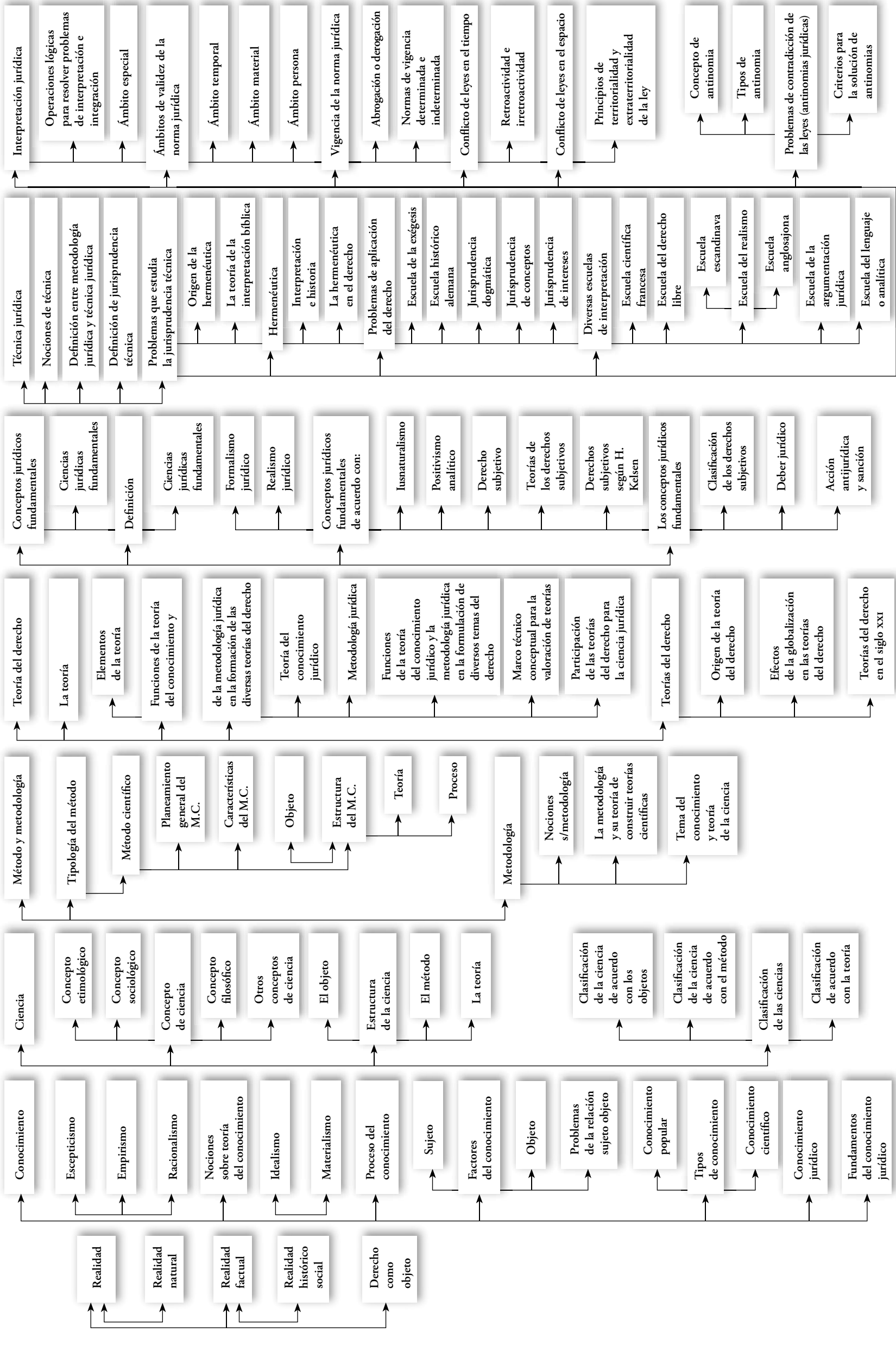
En este capítulo también se estudian los conceptos jurídicos fundamentales a la luz de algunas teorías jurídicas, como el positivismo, la teoría pura del derecho, el realismo jurídico, entre otras.

En el séptimo y último capítulo, denominado Técnica jurídica, el más amplio e importante de todos, se explican temas significativos como la noción de técnica jurídica, las escuelas y métodos de interpretación jurídica, los ámbitos de validez de las normas, los problemas de aplicación de leyes en el tiempo, los problemas de aplicación de leyes en el espacio, el problema de retroactividad de las leyes, las antinomias jurídicas.

Sin duda que en el desarrollo de la presente obra algunos temas resultaron complejos, no obstante, se buscó tratarlos de manera sencilla.

Se verá que, hay que decirlo, ciertos temas controvertidos están insinuados o insuficientemente tratados. Algunos de ellos recibieron dicho tratamiento por las características de la obra; pero otros fueron dejados así con la intención de sembrar inquietudes para provocar en el estudiante intranquilidad que le conduzca a profundizar por su cuenta, al margen de lo tratado en la obra o de lo establecido en el programa de la asignatura. En otras palabras fue una auténtica “provocación” o, más bien, una invitación para que vaya más allá de lo que en el aula el catedrático pueda expresar o de lo que los libros, siempre limitados, puedan resolver.

Finalmente el autor de esta obra agradece anticipadamente a quienes la lean. Espera que encuentren en ella respuesta a sus inquietudes, pero, sobre todo, desea despertar en el lector cuestionamientos que le provoquen seguir buscando, seguir cuestionando, y plantear nuevas, más amplias y más profundas dudas. Si esto último se cumple se da por satisfecho, pues el mejor legado que puede recibir el hombre es la intranquilidad y el asombro que le conduzcan a escudriñar los secretos de la naturaleza, los secretos de la vida, los secretos de nuestro pensamiento; pues esto es lo que nos hace seres humanos, descubrirnos capaces de aprender permanentemente, seres hechos, como decía Aristóteles, para pensar, conocer y actuar.





1. *La realidad*

Al finalizar este capítulo, el alumno:

- Comprenderá el concepto de realidad.
- Distinguirá los distintos tipos de realidad.
- Analizará diversos objetos y explicará a qué tipo de realidad corresponden.
- Comprenderá la importancia del estudio de la realidad para entender el conocimiento.

La presente obra inicia con el tema de la realidad (aquí denominada teoría de los objetos) pues ésta, en sus diversas manifestaciones, constituye el objeto de las ciencias. Es importante dejar asentado que todo conocimiento y toda investigación o actividad científica tienen como “objeto” el estudio de algún tipo de realidad o algún aspecto de la misma.

La realidad, *prima facie*, parece algo obvio, pero no es así. Para poder comprenderla desde el punto de vista filosófico en el presente capítulo haremos un recorrido por lo que llamamos la realidad factual, es decir, toda realidad o manifestación fáctica a través de objetos o hechos concretos. De esta realidad, se desprenden tanto la denominada realidad natural (toda manifestación de hechos o realidades de la naturaleza o que suceden o existen por la acción de las leyes de la misma) como la realidad histórico social (la realidad que se manifiesta mediante hechos o actuaciones humanas).

Por otra parte, abordaremos el tema de la realidad formal o abstracta, es decir, las manifestaciones o productos de los procesos racionales humanos.

Finalmente, se aludirá al cuestionamiento sobre la construcción social de la realidad y sobre el derecho considerado como objeto, esto sólo con la intención de dejar un cuestionamiento y provocar alguna reflexión.

Para la mejor comprensión de este capítulo es necesario considerar las siguientes aclaraciones: la primera de ellas, y tal vez la más importante, es que emplearemos indistintamente la realidad o las realidades, cuando nos refiramos a la realidad considerada genéricamente o a la realidad considerada a través de sus múltiples manifestaciones; la segunda consideración consiste en que las palabras “realidades” y “objetos” no quiere decir que todas las realidades sean objetos materiales, sino que son realidades tomadas como objetos de investigación de las distintas ciencias o por los distintos investigadores o bien para significar que son realidades objetivadas.

REALIDAD

Para comprender el marco conceptual de las diversas teorías del derecho, así como sus características y componentes fundamentales es necesario explicar y analizar ciertas nociones básicas de metodología y de teoría del conocimiento.

En ese sentido, estos tres primeros capítulos (el capítulo primero trata sobre la realidad; el segundo, acerca del conocimiento, y el tercero, sobre la ciencia) intentan lograr lo anterior, pero antes es preciso realizar algunas aclaraciones sobre el concepto metodología.

1. La metodología, como campo del saber, se ha cultivado y desarrollado ampliamente en los últimos años, razón por la cual abundan obras de contenido metodológico. Sin embargo, algunas de éstas no son lo suficientemente claras, por lo que producen confusión y siembran desconcierto en quienes las consultan.

2. Por lo anterior, existe un verdadero caos conceptual sobre qué es la metodología, caos que, por fortuna, comienza a dilucidarse. Se afirma lo anterior porque ya abundan obras de metodología que permiten analizar distintas orientaciones a quienes se interesan en este ámbito del saber. Muestra de ese caos es que, de hecho, algunos autores confunden el método o con la metodología, o con la técnica, o con el procedimiento o, incluso, con el proceso.
3. Por otra parte, en virtud de que la metodología implica aspectos relacionados con la filosofía, hay obras conceptualmente densas y que, por lo mismo, resultan complejas para quienes apenas se inician en la problemática metodológica. Por tal motivo, en el presente trabajo se tratará, en la medida de lo posible y sin perder el rigor conceptual, presentar una síntesis del tema en forma sencilla y clara, cuidando la precisión en el análisis.

Puestos estos antecedentes, se puede entonces iniciar el presente estudio con un tema que resulta indispensable para la comprensión de las nociones de metodología y de teoría del conocimiento, a saber, la *realidad*, pues ésta es el punto de partida de todo proceso cognoscitivo.

En efecto, la realidad constituye, en cualquiera de sus manifestaciones, el *objeto* del conocimiento y de la ciencia, ya que cuando se conoce o investiga algo se elige para ello un objeto o una manifestación de la realidad.

El objeto o realidad que se desea conocer, o sobre el cual se realiza una investigación científica, conduce a seleccionar una forma de acercarse a tal conocimiento o tal investigación, lo cual determinará el *método* de la investigación.

Todo lo anterior significa que la *realidad* es el objeto de estudio para el sujeto que busca una forma de aproximarse a la realidad. Dicha forma de aproximación es el *método* mediante el cual se realiza la tarea cognoscitiva o de investigación, y en función de su resultado se construye una visión o postura epistemológica acerca de la realidad analizada.

Resulta de suma importancia el estudio de la realidad como preámbulo para entender la metodología, la teoría del conocimiento y el consecuente marco conceptual de las distintas teorías científicas.

REALIDAD O TEORÍA DE LOS OBJETOS¹

♦ *¿Qué es la realidad?*

La tarea cognoscitiva es el esfuerzo por aprehender, entender y explicar el medio que nos rodea. Tal medio es la realidad. Prácticamente la historia del ser humano puede reducirse a la historia de cómo el hombre ha tratado de entender y comprender el medio que le circunda y cómo, mediante la transformación del mismo, ha hecho más llevadera su existencia. Recordemos que el hombre ha logrado sobrevivir gracias a la transformación de su medio.

De hecho, ese contacto diario con la realidad estimuló el conocimiento humano; el ser humano, desde su aparición sobre la faz de la tierra, se percató, primero a través de los sentidos y después con plena conciencia, de que vivía rodeado de objetos y era testigo de los más variados fenómenos o sucesos. Ante estas circunstancias dio diversas explicaciones de su ocurrencia, derivadas de su asombro. Tal vez en un principio eran carentes de fundamento, pero con el paso del tiempo y con base en su experiencia fueron adquiriendo mayor precisión.

Ahora bien, la forma de ejecutar la tarea de comprender la realidad, es decir, la forma de conocer los objetos que nos rodean y los fenómenos de los cuales somos testigos, indica el modo de llevar a cabo el proceso cognoscitivo. La explicación, ya sea de la realidad, de los objetos, de los fenómenos o de la forma en que se efectúa el proceso cognoscitivo, conlleva muchos problemas.

En efecto, el estudio de cómo el hombre se aproxima a la realidad y cómo conoce ésta, así como el tema de la seguridad del conocimiento obtenido, han preocupado tanto a especialistas de la ciencia como a expertos de las más variadas ramas del saber, entre los que destacan filósofos, sociólogos o psicólogos, muchos de los cuales han brindado puntos de vista diversos acerca de la concepción de la realidad y de cómo se conoce ésta.

Para iniciar el estudio de la realidad se puede preguntar ¿cuándo se puede decir que algo es real? Una de las primeras respuestas sería: real es lo que se percibe mediante alguno de los sentidos, es decir, la vista, el tacto, el oído, el gusto, el olfato; algo de lo que no cabe duda de que sea así.

Sin embargo, al analizar el asunto con más profundidad se observa que hay cosas que es imposible percibir de esa manera. Nótese la diferencia entre ver un

¹ Con este título lo único que se quiere señalar es que lo que puede entenderse por realidad se denomina teoría de los objetos porque, a la postre, la realidad constituye el objeto u objetos que estudia la ciencia.

árbol, sentir frío, percibir un olor desagradable, saborear un alimento, y entender el significado de una ecuación, una integral o una derivada, o bien comprender el significado de la libertad, la justicia, la igualdad, el bien común. Asimismo, cuando se comprende qué es el derecho o qué es el Estado se puede afirmar que éstos también son realidades, aunque en su comprensión hay puestas en juego otras capacidades, que no son los sentidos; es decir, también son realidades, pero diferentes.

Luego, entonces, cómo puede el ser humano entender la realidad. Podemos considerar tres formas para entenderla:

1. La realidad puede entenderse como *el modo de ser* de los objetos y fenómenos o *la forma de existencia* de los mismos fuera de nuestra mente e independientemente de ella. En pocas palabras, la realidad está ahí y es independiente de mi voluntad, más aún yo también soy un objeto o parte de esa realidad. Así, aunque a alguien no le parezca, “yo existo” y me manifiesto de muchas maneras.

En este sentido, se puede afirmar, tomando como referencia a Berger y Luckmann:

La realidad es una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición, no podemos hacerlos desaparecer.²

Según este concepto, la realidad es cualquier manifestación de lo existente, se tenga o no conciencia de los objetos o fenómenos, e independientemente de que sean captados por nuestros sentidos. Asimismo, la realidad es ajena a la voluntad del sujeto, aunque con la posibilidad de ser aprehendidos por el agente cognoscente, es decir, por cada uno de nosotros. La realidad son los objetos que la ciencia investiga, o dicho de otra forma, la ciencia investiga realidades objetivadas.

2. Otra acepción de realidad indica que *es lo opuesto a la apariencia, ilusión o idealidad*, es decir, es el ser (la unión de esencia y existencia) en cualquiera de sus significados existenciales, ya sea concreto o abstracto, material o de razón. Cuando se hace referencia al ser abstracto o de razón no se concibe de manera ideal o como una creación mental arbitraria, sino como un ser abstracto con una realidad ontológica, cuya aprehensión se deriva de un procedimiento racional que se encuentra debidamente fundamentado en una realidad concreta. Piénsese, por ejemplo, qué es la justicia.

² P. Berger y T. Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Argentina, 1989, p. 13.

3. La realidad también puede entenderse como *lo ya dado, lo ya realizado o lo ya actuado* y, por tanto, posee existencia de *facto* (de hecho) y, en consecuencia, no es potencialidad. Esta afirmación significa que, en este sentido, la realidad entendida como lo ya dado o lo ya realizado ya es realidad de hecho y no es algo que esté en posibilidad de existir.

A partir de las definiciones anteriores podría concluirse que la realidad es para los objetos concretos su *cosalidad*; por ello, cuando se hace referencia a un objeto, se sepa o no de que se trata, se dice que es “una cosa”. Cuando se trata de objetos abstractos se habla de su *onticidad*, su “ser”, esto es, su fundamento en la realidad. Para los seres estrictamente de razón, la onticidad o su “ser” está dada por su posibilidad de demostración mediante procesos argumentativos que dejan fuera de duda su existencia.³

Con base en lo visto con anterioridad, se puede percibir que existen diversas manifestaciones de la realidad: algunas de ellas se muestran como objetos o “cosas” (un edificio) o fenómenos naturales (la lluvia, un temblor) o sociales (una manifestación de algún grupo social que protesta por lo que considera una injusticia o una arbitrariedad), los cuales se muestran, no como objetos, sino como hechos o sucesos.

Realidad factual

♦ *La realidad factual puede ser natural e histórico-social*

La *realidad factual* se manifiesta en forma objetiva por hechos. Derivada del verbo latino *facere*, que significa hacer, ésta es una realidad concreta o que se manifiesta por medio de sucesos o acontecimientos.

Por *hecho* se entiende cualquier manifestación exterior de la realidad, es un acontecer o un suceso de tal naturaleza que permite siempre la posibilidad objetiva de su verificación.

Los hechos que conforman la *realidad factual* son tomados o testimoniados por la experiencia; por ejemplo, la salida del Sol, la lluvia, un huracán o cualquier objeto manifestado.

Siguiendo lo anterior, existen tantos hechos como manifestaciones objetivas de la realidad se puedan dar. Si analizamos los distintos sucesos nos percatamos que algunos

³ El término “cosalidad” lo emplea Karel Kosik en su obra *Dialéctica de lo concreto* para explicar que la realidad concreta es una realidad objetivada. Le dice cosalidad para destacar su materialidad.

ocurren obedeciendo las leyes de la naturaleza y al margen de la intervención humana, como los mencionados en el párrafo anterior.

Por otra parte, existen otros hechos que se presentan sólo mediante la intervención humana (por ejemplo, una manifestación, un levantamiento armado, un homicidio).

Ahora bien, se puede entonces decir que la *realidad factual* se divide en *realidad natural* y *realidad histórico-social*.

La realidad natural comprende hechos que suceden por la sola acción de las leyes de la naturaleza; la realidad histórico-social, por su parte, requiere necesariamente la intervención humana.

- a) Realidad natural: es aquella donde los seres y el mundo de la naturaleza reaccionan y actúan cumpliendo con sus propias leyes y obedeciendo a la relación causa-efecto. Es un mundo existente al margen de la conciencia humana o al margen de las interpretaciones del hombre. Los sucesos que se producen en la realidad natural son originados por los efectos de las leyes naturales y se producen al margen de la intervención humana; algunas veces ocurre que el hombre se vuelve víctima de tales hechos.
- b) Realidad histórico-social: en ella hay hechos, sucesos o acontecimientos en cuya realización interviene el hombre, ya sea de manera voluntaria o involuntaria. Su intervención es de tal trascendencia que, sin ella, estos hechos no existirían. Estos sucesos se generan en la interacción y son producto de la convivencia humana. Más aún, el estudio de la realidad histórico-social resulta bastante complejo y poco satisfactorio, ya que cuando el investigador se dedica al estudio de los fenómenos sociales él mismo se convierte en *sujeto* y *objeto* de dicha investigación, o en sujeto y objeto de su propia cognición.

Realidad formal

♦ ¿Qué es lo abstracto?

Además de la realidad factual y sus dos tipos —la realidad natural y la realidad histórico-social—, estudiados en el apartado anterior, existe una realidad mucho más compleja: la realidad formal o abstracta.

Su complejidad deriva de la comprensión del mundo abstracto, que no es ni ideal ni arbitrario, sino verdaderamente existente. A esta realidad pertenecen todos

los productos de los procesos cognoscitivos humanos que buscan la generalización y la comprensión totalizadora de las demás realidades.

Por lo mismo, se puede decir que la realidad formal está constituida por todos los productos resultantes de la actividad cognoscitiva, con la cual el hombre ha construido la ciencia misma. A esta realidad corresponden los procesos de la abstracción y sus creaciones, como la lógica, la matemática, la conceptualización, la invención de nuestro lenguaje, por mencionar algunos.

Sin embargo, no debe pensarse que la realidad formal o abstracta es producto del capricho o la fantasía de la mente humana, por el contrario, esta realidad es tan objetiva como las otras realidades y comprende a los seres o creaciones abstractas que, una vez creados por la inteligencia humana, existen independientemente de la razón.

Estos esfuerzos hacen posible el conocimiento y la comprensión de los objetos de la realidad factual, ya que precisamente es en el enfrentamiento de lo abstracto con la realidad concreta donde puede probarse la objetividad y veracidad del conocimiento. Se dice que estos esfuerzos hacen posible el conocimiento porque precisamente gracias a que los seres humanos tenemos la capacidad abstractiva es que podemos entender y comprender lo que nos rodea, es decir, conocer y explicar dicho conocimiento; sin la formulación abstracta nuestro conocimiento se reduciría a la formulación de simples imágenes; pero no de ideas o conceptos.

Podemos afirmar que el problema del conocimiento, del método y de la ciencia toda, no es sino la historia de cómo el hombre, como individuo y como parte de la sociedad, ha buscado entender el mundo y su medio, es decir, comprender su realidad, la cual constituye, en última instancia, el objeto y el fin del conocimiento.⁴

Podemos decir que todo estudio o acercamiento a la metodología o teoría de la ciencia debe considerar que el tema de la realidad es fundamental, ya que la visión que de ella se tenga y la forma de conocerla marcará la postura epistemológica y la orientación metodológica de cada persona, las cuales se han modificado, repetido, adecuado y superado en el transcurso de la historia.

Desde esta perspectiva también se puede entender la metodología como el estudio de las distintas formas en que los sujetos se aproximan y entienden la realidad.

⁴ Se hace referencia al hombre como individuo en el sentido de que él, a título personal, busca ese entendimiento del mundo; como parte de la sociedad también lo intenta, pues busca y encuentra explicaciones que comparte la comunidad.

Para concluir comentamos que el problema de la realidad como el del conocimiento han sido estudiados también por los sociólogos refiriéndose algunos a la construcción social de la realidad.

Como se sabe, el conocimiento —lo mismo que la ciencia— es una actividad humana; por tal motivo, son un producto social. Resulta obvio que la concepción de la realidad, en algunas sociedades se conserva, desaparece, se transforma, etc. Esto quiere decir que se justifica explicar socialmente el conocimiento y la ciencia, pues lo real para unos puede no serlo para otros, aunque la realidad existe independientemente de que se capte o no, se perciba de una manera o de otra, como afirman Berger y Luckmann:

Lo que es real para un monje del Tíbet puede no serlo para un hombre de negocios norteamericano. El conocimiento que tiene un criminal difiere del que posee un criminalista. Se sigue de esto que las acumulaciones específicas de realidad y conocimiento pertenecen a contextos sociales específicos.⁵

Es muy importante señalar que la teoría de los objetos se propone determinar las distintas clases de realidad para tener claridad respecto a la ubicación de los distintos objetos de estudio de las diferentes ciencias y de la ubicación de las ciencias mismas.

Podemos afirmar, en congruencia con lo planteado en este capítulo, que la teoría de los objetos puede considerarse una parte de la ontología (rama de la filosofía que se dedica al estudio del ser), o más precisamente, una teoría supraordinada a la ontología.

EL DERECHO COMO OBJETO

♦ *¿A qué tipo de realidad pertenece el derecho?*

Por tratarse de una obra de teoría general del derecho es inevitable reflexionar, aunque sea en forma breve, sobre la ubicación del derecho en la realidad o dentro de los objetos que la constituyen.

El derecho, debemos reconocerlo, es un producto social, que surge de las interacciones sociales, se nutre de ellas y, a través de su manifestación normativa, regula la conducta de los seres humanos en la sociedad; pues mediante la norma es más llevadera la convivencia entre los seres humanos. Sería inimaginable dicha convivencia si

⁵ *Ibid.*, p. 15.

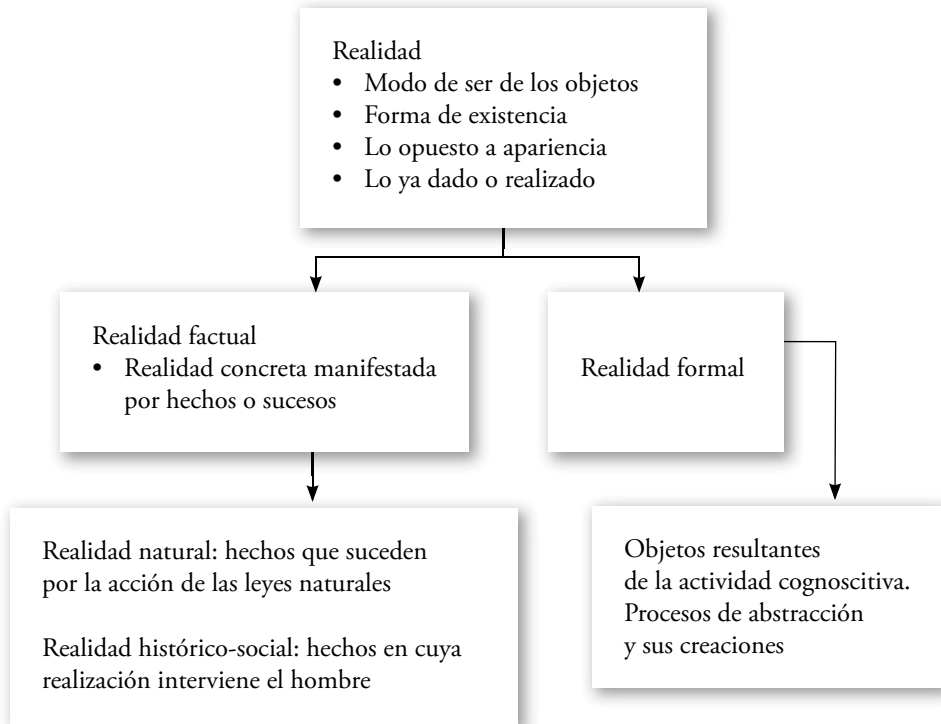
no se sujeta la conducta de los hombres a normas. Por tal motivo, puede considerarse al derecho como objeto de la realidad histórico-social, pues, antes de cualquier consideración, el derecho se expresa como hecho social. Sin referencia a lo social el derecho carece de sentido, pierde su ser, pierde su onticidad.

El derecho —aun entendido como normas creadas por los seres humanos— pierde su carácter subjetivo y de especulación pura si no se fundamenta en los hechos sociales; en caso contrario su objetividad queda en duda.

El derecho es un producto creado racionalmente por el hombre para permitir la convivencia, pues cuando se creó se observaron y se evaluaron las conductas y, aquellas que se consideraron negativas, se prohibieron o, en caso de ser positivas, se permitieron. Estas permisiones o prohibiciones son contenidas en las normas y el conjunto de todas ellas forman el sistema jurídico. La conexión entre todas las leyes, se puede advertir, es compleja, por lo que entender el sistema que conforman es un verdadero reto, sólo quienes poseen un marco teórico conceptual sólido pueden comprender y manejar el sistema jurídico para la solución de conflictos. En este sentido, ¿se podría afirmar que el derecho, además de pertenecer a la realidad histórico-social puede pertenecer a la realidad formal o a la abstracta? Se sugiere al lector que reflexione sobre el cuestionamiento.

Para concluir llamamos la atención sobre la afirmación de que, hablar del derecho dentro de la teoría de los objetos es un tema que ha resultado controvertido dentro de la ciencia jurídica. Esta discusión, aunque parece ociosa, está íntimamente ligada tanto con la metodología del derecho como con la teoría general del derecho, y hasta con la filosofía del derecho.

Para finalizar este capítulo estudie el siguiente esquema conceptual.



ACTIVIDADES

Mencione ejemplos cotidianos de su contacto con la realidad y explique cuáles de los objetos o acontecimientos pertenecen a la realidad factual y cuáles pueden pertenecer a la realidad formal o abstracta.

1. Explique, mediante un ejemplo, hechos o realidades de la naturaleza y las características que tienen en común.
2. Ejemplifique hechos o acontecimientos de la realidad histórico-social y determine qué rasgos los identifican.
3. Discuta con sus compañeros y con el profesor en cuál o cuáles tipos de realidad se puede ubicar el derecho.

Conteste el siguiente cuestionario:

1. ¿Qué se entiende por realidad?
 2. ¿Qué es la realidad formal o abstracta?
 3. ¿Qué es la realidad factual y cuáles son los tipos de realidad factual existentes?
 4. ¿Qué es la realidad histórico-social?
 5. ¿Qué es la realidad natural?
 6. ¿En qué sentidos se puede entender la realidad?
 7. ¿Cuál es la característica esencial de la realidad natural?
 8. ¿Cómo puede caracterizar la realidad histórico-social?
 9. ¿Cómo puede ejemplificar la realidad abstracta?
 10. Con sus propias palabras, explique por qué es importante el estudio de la realidad para la ciencia.
-



2. *El conocimiento*

Al finalizar este capítulo, el alumno:

- Comprenderá en qué consiste la teoría del conocimiento.
- Entenderá la relación entre teoría del conocimiento y metodología.
- Analizará diversas nociones sobre la teoría del conocimiento.
- Comprenderá la importancia de la relación sujeto-objeto en el conocimiento.
- Identificará el problema del conocimiento jurídico.
- Comprenderá las fuentes del conocimiento jurídico.

EL CONOCIMIENTO

♦ *¿Qué es el conocimiento?*

El problema del conocimiento ha sido objeto de estudio de muchos pensadores desde la antigüedad hasta nuestros días. Sin embargo, en esta obra sólo abordaremos algunos planteamientos que sobre el conocimiento han realizado distintos filósofos. En particular nos detendremos en la denominada epistemología, a veces también llamada teoría del conocimiento.

Sin duda, el estudio del conocimiento resulta complejo, pues para hacerlo necesitamos volcar nuestra capacidad racional sobre nosotros mismos, es decir, debemos cuestionarnos el conocer a través de nuestro propio conocimiento. Esto significa que debemos tomar nuestro conocimiento como objeto de estudio.

Aun cuando el problema del conocimiento ha sido discutido de manera amplia desde la antigüedad griega, como puede apreciarse en el idealismo platónico, el realismo aristotélico, la dialéctica de Heráclito, el neoplatonismo agustiniano, la doctrina aristotélico-tomista, el racionalismo de Descartes o el empirismo de Berkeley, Hume y Locke, por mencionar algunos. Desde entonces hasta nuestros días no deja de ser un problema aún abierto, como lo muestran las aportaciones de Watkins, Pearce Williams, Lakatos y Stegmuller, entre otros. Podemos afirmar incluso que actualmente con la incursión de otras ciencias en el problema del conocimiento, el estudio del mismo se ha complicado. Ejemplos de la afirmación anterior son las discusiones que en torno a la metodología se han desarrollado por investigadores de las ciencias exactas y que se plantean el problema metodológico de la ciencia o del cómo conocer, problema que supone un contacto entre la metodología de la ciencia y la epistemología o teoría del conocimiento.

En la actualidad, cuando la evolución y el cambio son cosa de todos los días, un conocimiento sucede a otro hay gran variedad de posturas filosóficas y aparecen y desaparecen en forma constante nuevos estudios sobre el problema epistemológico y metodológico, el estudio del mismo se ha tornado tan complicado que analizar las posturas existentes es una tarea imposible.

El conocimiento ha permitido al ser humano, durante toda su historia, transformar sus condiciones de vida; incluso le ha permitido adaptarse como ningún otro ser al medio que le rodea, dominándolo y transformándolo.

Mediante el conocimiento el ser humano ha dado respuesta a un gran número de interrogantes que en algún momento parecen rebasar su capacidad comprensiva.

Cotidianamente afirmamos tener un conocimiento cierto de las cosas, aseveramos conocer sucesos, tales como el descubrimiento de América, la composición de alguna sustancia o la existencia de un planeta. Sin embargo, podemos preguntar: ¿sobre estos hechos tenemos un conocimiento verdadero o sólo contamos con información sobre ellos?

Los cuestionamientos anteriores nos llevan a reflexionar sobre qué es realmente el conocimiento así como a cuestionar el propio conocimiento, tomándolo como objeto de estudio.

Una reflexión del conocimiento sobre el propio conocimiento constituye la teoría del mismo, de cuyo estudio pareciera que nadie se ocupa y parece poco interesar al hombre, sobre todo al hombre común y a otros hombres no tan comunes. Ello se debe a que el conocimiento es concebido como una actividad cotidiana inherente a nuestro quehacer diario.

Con base en lo anterior, y como punto de partida, puede decirse que el conocimiento, *es una actividad primordialmente humana, surgida de la relación cotidiana entre el sujeto y la diversidad de objetos con los cuales el hombre se relaciona ordinariamente.*

Precisamente en el proceso de conocer interviene el ser humano con todos sus sentidos, sus funciones, capacidades, habilidades, intenciones, intereses, en fin con todas sus experiencias de vida, todo lo cual se vuelca sobre el objeto para obtener de él información que el sujeto debe procesar para dar noticia clara de los objetos que somete a su cognición.

Definir el conocimiento no es cosa sencilla; sin embargo con lo dicho hasta aquí podemos proponer que el conocimiento es:

*un proceso de captación generalizada de la realidad, mediante el cual el sujeto cognoscente descubre y asimila su significado, su verdadero contenido.*¹

¹ Por captación generalizada de la realidad debe entenderse que en el proceso cognoscitivo captamos, primero, las características materiales, lo cual servirá como base para después entender y captar su verdadero ser, su esencia. Es un proceso en virtud del cual el hombre se da cuenta de la objetividad de lo pensado, compara en forma incesante el contenido de lo pensado con la realidad. Nuestro conocimiento son las representaciones de la realidad, de las relaciones de los objetos entre sí y de las relaciones entre los objetos y sus propiedades, que requerirán ser comprobados y su veracidad fundamentada.

Precisamente mediante esa captación generalizada de la realidad (el conocimiento) descubrimos cómo son realmente las cosas, pues como afirma Karel Kosik: “Si las cosas se manifestaran tal como son, la ciencia y la filosofía serían inútiles.”²

Generalmente la realidad o los objetos se manifiestan en forma superficial, lo que significa que conocerlos realmente implica un esfuerzo humano de captación. Tal esfuerzo nos permite descubrir su verdadero ser y no sólo su aspecto fenoménico.

Si reflexiona sobre este asunto puede observar que el estudio del conocimiento o del proceso por el cual éste se realiza no es un tema sencillo como aparenta, pues en torno a él pueden formularse muchas preguntas, entre ellas: ¿Qué es el conocimiento? ¿Realmente se puede conocer? ¿Qué cosas pueden ser objeto de conocimiento? ¿Cuántas formas de conocer existen? ¿Cómo se realiza el proceso de conocimiento? ¿Se pueden conocer todos los objetos o algunos de ellos no pueden ser conocidos?

Refiriéndonos al conocimiento vale la pena recordar lo que alguna vez dijera Ortega y Gasset:

Que quizá exista una solución final y que como los filósofos presocráticos tengamos siempre que partir de unos supuestos que, por ser primeros principios, están fuera de toda posible derivación.³

NOCIONES SOBRE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

♦ *La epistemología es el estudio del conocimiento*

Podemos afirmar que en el conocimiento se da un enfrentamiento entre el hombre y la realidad, de tal manera que hablar del conocimiento supone necesariamente referirse al enfrentamiento del ser humano con los objetos, con su realidad. A decir verdad, la historia del conocimiento puede considerarse la historia misma

² Dice este autor: “El fenómeno es algo que, a diferencia de la esencia, oculta, se manifiesta inmediatamente, primero y con más frecuencia... En virtud de que la esencia —a diferencia de los fenómenos— no se manifiesta directamente, y por cuanto que el fundamento oculto de las cosas *debe ser descubierto por una actividad especial*, existen la ciencia y la filosofía. Si la apariencia fenoménica y la esencia de las cosas coincidieran totalmente, la ciencia y la filosofía serían superfluas”, Karel Kosik, *Dialéctica de lo concreto*, Grijalbo, México, 1985, pp. 28-29.

³ José Ortega y Gasset, *La idea de principio en Leibniz*, Emecé, Buenos Aires, p. 144.

de la humanidad, es el devenir del sujeto en el mundo que le rodea, es la lucha del hombre con su medio al que no puede dominar, controlar o transformar si no lo conoce.

Para reforzar lo anterior recordemos que el hombre desde su aparición sobre la faz de la tierra se distinguió de los demás seres de la naturaleza por su capacidad racional, gracias a la cual superó su contexto existencial, dominó un medio que le era hostil transformándolo en su beneficio para lograr sobrevivir.

Para el hombre primitivo todo lo que le rodeaba eran incógnitas, pero hoy la ciencia moderna tiene también muchas interrogantes. Sin embargo, ahora como entonces, la humanidad ha logrado explicar, entender y superar. Pese a ello aun cuando ha avanzado mucho también ignora mucho.

En su evolución el ser humano empieza a acumular experiencias que con el paso del tiempo hacen avanzar el conocimiento; de tal manera que la ciencia se desarrolla al principio con descubrimientos y explicaciones aparentemente sencillas, pero tan importantes para el desarrollo humano como los complejos descubrimientos actuales.

Pero también la curiosidad humana rebasa el contexto existencial externo al hombre y esta curiosidad conduce a indagar sobre el propio conocimiento; por ello, el problema del conocimiento, su desarrollo y su evolución constante también han sido objeto de la indagación. Se han desarrollado abundantes explicaciones sobre el problema del conocimiento en las diversas ciencias, desde las biológicas, sociológicas hasta las especulaciones profundas de los filósofos.

Precisamente es en el campo filosófico donde surge la epistemología, gnoseología o teoría del conocimiento.⁴

En efecto, es fácil intuir que la teoría del conocimiento o epistemología *se ocupa del estudio del conocimiento y sus aspectos esenciales o generales, el estudio de las condiciones de la verdad, la certeza, la evidencia y el error.*

Asimismo se ocupa del estudio de la relación entre el sujeto y el objeto. Precisamente la forma en que entendamos cómo se lleva a cabo la relación del sujeto con

⁴ La denominación de esta rama, la teoría del conocimiento, llamada también gnoseología, epistemología e inclusive criteriológica no tiene un nombre comúnmente aceptado, sin embargo, esta discusión no es importante en este estudio. Sólo diremos que la denominación depende de la fuente de inspiración de los estudiosos. Lo verdaderamente importante es abordar también esta complicada problemática.

la realidad nos conduce a la explicación de las corrientes existentes en el campo de la teoría del conocimiento, que presentamos de manera esquemática, partiendo de las preguntas fundamentales que se pueden hacer acerca del conocimiento comprendidas en los siguientes puntos.

Posibilidad del conocimiento

♦ ¿Podemos conocer?

El primer cuestionamiento acerca del conocimiento humano y que de hecho se han formulado los filósofos es la probabilidad de que se pueda alcanzar la verdad, es decir, si podemos tener certezas que sean legítimas. En este esquema hay quienes niegan la factibilidad del conocimiento, es decir, niegan la posibilidad de la relación sujeto-objeto, y la negación puede ser total o parcial.

Esta postura es el escepticismo que se mueve desde el escepticismo total y absoluto, en cuyo caso se agota el problema epistemológico, hasta el escepticismo parcial o moderado.

Por otra parte, quienes aceptan la posibilidad del conocimiento, pueden agruparse en dos grandes posturas: el empirismo y el racionalismo.

Escepticismo

El escepticismo o negación de la posibilidad del conocimiento es una tentación constante del espíritu humano, pues el hombre tiene una inclinación congénita por indagar y por su permanente insatisfacción ante todo lo que sigue desconociendo; esto le produce un estado, si no de negación total, sí de insatisfacción por el conocimiento obtenido. De tal manera que siempre se encuentra en una insatisfacción respecto al conocimiento, que puede llegar a ser de tal magnitud que puede conducir a la negación de la posibilidad del conocimiento.

1. La primera manifestación del escepticismo de que se tiene noticia es el de Pirrón, cuyo principio fundamental lo resume Sexto Empírico diciendo que a toda razón se opone otra razón de igual valor, lo que da como resultado la imposibilidad del conocer.

A su vez, Sexto Empírico, también escéptico, señala que el escepticismo es la facultad de oponer de todas las maneras posibles los fenómenos y los *noúmenos*. A partir de ahí, llegamos, por el equilibrio de las cosas y de las razones opuestas

(*isosteneia*), primero a la suspensión del juicio (*epohkhé*) y después a la indiferencia (*ataraxia*).⁵

2. La segunda faceta o matiz del escepticismo lo encontramos en la Academia Media con Arcesilao, quien afirmaba no tener certeza de nada... ni siquiera de si dudaba o no de todo; también señalaba que ninguna de nuestras percepciones sensibles o presentaciones posee garantía de validez objetiva, puesto que podemos sentir una certidumbre subjetiva igualmente intensa en el caso de que la presentación sea objetivamente falsa. De ahí que nunca podamos estar ciertos de nada.⁶

Arcesilao, junto con Carneades, representan el probabilismo. Los escépticos fueron muy hábiles para argumentar la negación de la probabilidad del conocimiento defendida por ellos, pero igualmente surgieron argumentos para demostrar que los escépticos estaban en el error.

Finalmente es muy importante el escepticismo metódico o duda metódica planteada por René Descartes.⁷ El escepticismo o duda planteada por este filósofo no es auténtica sino, como lo hemos dicho anteriormente, es metódica, lo que significa que la duda es una etapa preliminar en la búsqueda de la certeza.

El escepticismo no sólo cuestiona la posibilidad del conocimiento, sino que niega, en su caso más extremo, que el conocimiento se pueda dar. Para sostener su postura emplea gran cantidad de argumentos, entre los que destacan los tres siguientes:

1. La diversidad de opiniones humanas, en las que en apariencia nadie tiene razón, debido a que tantos argumentos existen en favor de unas opiniones como en favor de otras.
2. Los errores en que incurrimos constantemente cuando aceptamos como verdadero lo que no es, pues nos basamos en los sentidos, los cuales pueden engañarnos. Tal parece que el error se impone con la misma validez o fuerza que la verdad: ¿quién nos puede asegurar que no estamos equivocados?

⁵ Citado por Roger Verneaux, *Textos de los grandes filósofos*, tomo 1, Herder, Barcelona, 1980, p. 106.

⁶ Citado por F. Copleston, *Historia de la filosofía*, tomo 1, Ariel, Barcelona, 1981, p. 410.

⁷ Filósofo nacido en 1596. Pensó que, como preliminar a la búsqueda de la certeza absoluta, era necesario dudar de todo aquello de lo que pudiese dudar y tratar provisionalmente como falso todo aquello de lo que dudara. Dice en el *Discurso del método* "Dado que entonces deseaba ocuparme solamente en la investigación de la verdad, pensé que en eso había de hacer todo lo contrario y rechazar como absolutamente falso todo aquello en que pudiese imaginar la menor duda, a fin de ver si después de eso no quedaría algo en mi creencia que fuese indudable".

3. La relatividad del conocimiento. Los conocimientos son transitorios, temporales y relativos; lo que hoy es tomado como verdad mañana se demuestra falso. Por otra parte, el universo se muestra como sistema, donde todo está relacionado con todo y conocer todo es imposible. Finalmente, el conocimiento depende de un sujeto determinado con sus capacidades, sus habilidades, sus contextos, sus experiencias de vida. El sujeto parece construir la realidad o por lo menos percibirla desde su particular punto de vista. Es, pues, imposible conocer las cosas en sí mismas, qué o quién nos puede dar certeza.

Es evidente que para quienes niegan la posibilidad del conocimiento, simplemente el estudio de la teoría del conocimiento no tiene sentido. Sin embargo, quienes aceptan la posibilidad del conocimiento pueden preguntarse con qué conocemos.

Con qué conocemos

♦ *¿Conocemos con los sentidos o con la razón?*

Quienes aceptan la posibilidad del conocimiento se enfrentan al problema de determinar ¿con qué conocemos? Para esta pregunta no hay respuesta unánime, pues en términos generales la respuesta presenta por lo menos dos posibilidades, las cuales dan origen a otras dos grandes e importantes posturas filosóficas que son el empirismo y el racionalismo:

Empirismo

Esta corriente filosófica sostiene que el único conocimiento válido es el obtenido con los sentidos, es decir, la única fuente de conocimiento se encuentra no en la razón sino en los datos de la experiencia, por lo que, en consecuencia, niega la abstracción.

Al igual que todas las corrientes, el empirismo se inicia en Grecia, pasa después a la Edad Media con Guillermo de Occam y se consolida con el llamado empirismo inglés de George Berkeley, David Hume y John Locke.

Para ejemplificar los postulados o principios fundamentales del empirismo, tomemos al filósofo inglés David Hume quien lo resume de la siguiente manera:

1. No existencia de los conceptos abstractos.
2. El conocimiento se reduce a impresiones sensibles (imágenes, no ideas).
3. Las cualidades sensibles son subjetivas.

4. Las ideas que se relacionan se reducen a asociaciones.
5. El conocimiento se limita a lo fenoménico.⁸

Las anteriores afirmaciones dan una idea clara de lo que significa el empirismo, es decir, la reducción del conocimiento a los datos sensibles o simples datos de experiencia.

Racionalismo

La oposición al empirismo está dada por el racionalismo. Su aseveración epistemológica consiste en que el conocimiento es posible gracias a la razón, la cual es la base fundamental e indispensable para que pueda darse el conocimiento.

El racionalismo en Grecia fue representado por la escuela eleática y la estoica. En la filosofía moderna se aprecia en los filósofos René Descartes, Guillermo Leibniz y Baruch Spinoza.

Es cierto que para el conocimiento no basta el solo dato empírico. Es evidente que el racionalismo, al despreciar al empirismo y sólo aceptar como medio del conocimiento la razón, deja la abstracción sin el medio para obtener el dato empírico, necesario para el conocimiento, por ello el racionalismo cae en el innatismo como ocurrió con Descartes y Leibniz.

En este apartado vale la pena hacer la precisión de que en el conocimiento ni el dato empírico o sensible es suficiente, ni la razón por sí sola basta para llegar al verdadero conocimiento o establecer un buen criterio de verdad.

Es necesario resaltar que la breve descripción de lo que significa tanto el empirismo como el racionalismo, es sólo eso: una breve descripción. Sin embargo, es suficiente para dar una idea de estas posturas de pensamiento, las cuales por supuesto han sido cultivadas por más filósofos que los mencionados. Además, entre ellos hay diferentes matices. Con todo, para los fines de esta obra se considera que son suficientes.

Es evidente que de la respuesta al cuestionamiento con qué conocemos deja otro planteamiento pendiente y es: ¿Qué conocemos?

⁸ Citado por R. Verneaux, *Epistemología general o crítica del conocimiento*, Herder, Barcelona, 1981, p. 44.

Qué conocemos

♦ *¿La materia será independiente del pensamiento humano o está determinada por la acción del sujeto?*

La última parte del esquema de las preguntas planteadas en la teoría del conocimiento versa sobre la esencia del conocimiento. Al respecto puede formularse la pregunta: “¿Qué conocemos?” Para responder tal pregunta ha habido dos posiciones principales: el idealismo y el materialismo.

Idealismo

Tanto el *idealismo* como el *materialismo* surgen en función de la parte que dentro del proceso cognoscitivo ocupan el sujeto y el objeto.

La exageración de la razón del sujeto conduce precisamente al idealismo. Puede afirmarse que el racionalismo conduce en una pendiente natural al idealismo.

Así pues, el idealismo afirma que la esencia del conocimiento son las ideas del sujeto; de tal manera que la realidad está determinada (no negada) por la acción del sujeto. Como afirma Verneaux

...el idealismo no niega de modo alguno la realidad del mundo. Lo que niega es que el mundo exista en sí, es decir, fuera de todo conocimiento o de toda representación. Pero lejos de negar la realidad, por el contrario, la fundamenta de la única manera que le parece sólida: sobre la actividad del espíritu.⁹

Leamos el diálogo siguiente:

Imagina, pues, una especie de vivienda subterránea en forma de caverna, provista de una entrada, abierta ampliamente a la luz, que se extiende a lo ancho de toda la caverna; y a unos hombres que están en ella desde niños, encadenados por las piernas y el cuello, de modo que tienen que permanecer en el mismo lugar y mirar únicamente hacia delante, incapaces como están de mover en torno la cabeza, a causa de las cadenas que la sujetan. Detrás de ellos, la luz de un fuego que arde a cierta distancia y a cierta altura, y entre el fuego y los cautivos un camino escarpado, a lo largo del cual imagínate que ha sido construido un tabique parecido a las mamparas que se alzan entre los prestidigitadores y el público, y por encima de las cuales exhiben aquellos sus maravillas.

⁹ *Ibidem*, p. 71.

Ya veo dijo.

Pues ve ahora, a lo largo del tabique, unos hombres que transportan, por encima de la pared, toda clase de utensilios y figuras de hombres o animales trabajadas en piedra, en madera, y en toda clase de formas; y es de suponer que, entre los hombres que desfilan, unos vayan hablando y otros estarán callados.

¡Qué extraño cuadro describes, dijo, y qué extraños cautivos!

Pues se parecen a nosotros repuse. Y en primer lugar, ¿puedes creer que quienes están en semejante situación han tenido de sí mismos, o los unos de los otros, otra visión distinta de las sombras proyectadas por el fuego sobre la pared de la caverna que tienen ellos enfrente?

¿Cómo dijo, cuando por toda su vida han sido obligados a tener inmóvil la cabeza?

¿Y de los objetos transportados? ¿No habrá sido lo mismo?

Sin duda.

Y si pudieran hablar entre ellos, ¿no crees que al nombrar lo que ven, pensarían estar nombrando las cosas reales?

Necesariamente.

¿Y qué si la prisión tuviera un eco que viniera de la pared de enfrente? ¿No crees que cuando quiera que hable alguno de los que pasan, no pensarán ellos que estará hablando la sombra que desfila?

Sí, por Zeus, dijo; yo por lo menos no pensaría otra cosa.

Es incuestionable, por tanto, dije, que en el criterio de estas gentes la realidad no puede ser ninguna otra cosa sino las sombras de los objetos fabricados.¹⁰

Según esto, en el diálogo de Platón no se niega la realidad, pero el concepto que de ella se tiene, se fundamenta en la percepción que se tiene de la misma, dadas las condiciones en que se encuentra el sujeto.

Materialismo

Por su parte el *materialismo* considera la supremacía de la materia sobre la idea del sujeto. Afirma que para que el conocimiento pueda darse se debe reconocer la existencia de la materia, independientemente del pensamiento humano.

Podemos observar que la exageración del pensamiento humano o de su racionalidad puede conducir al idealismo y a la negación de la materia; lo mismo ocurre

¹⁰ Platón, *La República*, Tr. A. Gómez Robledo, UNAM, México, 2000, pp. 241-242.

si exageramos y llevamos a grados absolutos la importancia de la materia o de los objetos, pues esto nos llevaría a restarle importancia o a negar al sujeto dentro de la relación cognoscitiva. Como dice Adam Schaff:

Si predomina el objeto en la relación sujeto-objeto nos encontramos en el materialismo... en el modelo idealista se produce lo contrario; el predominio o la exclusividad, vuelve al sujeto cognoscente que percibe el objeto de conocimiento como su producción.¹¹

Es fácil darse cuenta de que los extremos siempre pueden llegar o a la negación de la materia o a la negación de la abstracción.

No podemos terminar este repaso sobre la teoría del conocimiento, si no mencionamos, aunque sea brevemente, el aspecto sociológico del conocimiento, pues éste se da en un determinado contexto espacio-temporal que a veces es determinante en su resultado.

Para entender lo anterior sólo lea la siguiente cita y coméntela con sus compañeros de clase y con su profesor:

La ciencia es una actividad social. Su conocimiento, sus afirmaciones, sus técnicas, han sido creados por seres humanos y desarrollados, alimentados y compartidos, también, entre grupos de seres humanos. Por tanto el conocimiento científico es esencialmente conocimiento social. Como una actividad social, la ciencia es claramente un producto de una historia y de un proceso que ocurre en el tiempo y en el espacio y que involucra actores humanos. Estos actores tienen vidas, no sólo dentro de la ciencia, sino también, en sociedades más amplias de las cuales son miembros.¹²

CONCEPTO DE CONOCIMIENTO

Es evidente, según lo estudiado hasta este momento, que reducir el conocimiento a una definición resulta limitado, sobre todo si tenemos en cuenta que el conocimiento es algo demasiado complejo. Por tal razón más que definirlo expondremos nuestra forma de entender el proceso cognoscitivo.

¹¹ Cfr. Adam Schaff, *Historia y verdad*, Grijalbo, México, 1974, p. 81.

¹² E. Mendelsohn, citado por León Olivé, *Conocimiento sociedad y realidad*, FCE, México, 1988, pp. 30-31.

El conocimiento como afirma Luis Villoro:

Comprende no sólo un proceso psíquico llevado a cabo en la mente humana, sino también el producto colectivo social compartido por muchos individuos.¹³

Puede entenderse, según esto, que el tema del conocimiento comprende no sólo el proceso por el que éste se lleva a cabo, sino también, la indagación sobre la justificación del mismo, es decir, *cuándo y en qué condiciones se afirma que tenemos conocimiento*.

Con base en las reflexiones anteriores, afirmamos que dentro de las concepciones epistemológicas recientes, hay quienes insisten sólo en el aspecto genérico del proceso, mientras que otros se refieren más al producto colectivo social. Sin embargo, unos y otros abordan el problema de la génesis del conocimiento dejando de lado la tarea indagatoria sobre su validez, tema esencial dentro del estudio de la teoría del conocimiento y, por ende, de la metodología de la ciencia. Si bien no podemos omitir el estudio de la génesis del conocimiento, ni como proceso ni como producto social, mucho menos podemos desentendernos del problema de la validez del mismo.

En otras palabras, no sólo nos debe interesar la forma en que se lleva a cabo el proceso cognoscitivo o cómo se produce el conocimiento, sino también la garantía de validez del conocimiento, es decir, si el conocimiento obtenido tiene veracidad o certeza.

En el desarrollo del presente capítulo se ha mencionado que la teoría del conocimiento recibe distintas denominaciones y aunque algunos autores hacen diferenciaciones, el autor del presente texto lo ha tomado en forma indistinta, por lo cual es necesario explicar lo siguiente:

...los términos “gnoseología” y “epistemología” son considerados a menudo como sinónimos; en ambos casos se trata de “teoría del conocimiento”, expresión que se usa asimismo en vez de cualquiera de las dos anteriores.

Durante algún tiempo, por lo menos en español, se tendía a usar “gnoseología” con preferencia a “epistemología”. Luego, y en vista de que “gnoseología” era empleado bastante a menudo por tendencias filosóficas de orientación escolástica, se tendió a usar “gnoseología” en el sentido general de teoría del conocimiento, sin precisarse de qué tipo de conocimiento se trataba, y a introducir “epistemología” para teoría del

¹³ Luis Villoro, *Creer, saber, conocer*, Siglo XXI, México, 1987, p. 11.

conocimiento científico, o para dilucidar problemas relativos al conocimiento cuyos principales ejemplos eran extraídos de las ciencias.¹⁴

Esta cita da una idea de la procedencia de las distintas denominaciones. Tal vez el término que menos problemas ocasiona es el de teoría del conocimiento, el cual hemos empleado en el texto.

PROCESO DEL CONOCIMIENTO

Con todo lo dicho en el desarrollo de este capítulo queda claro que el conocimiento no es un acto de ejecución instantánea, aunque lo parezca, sino que en él se llevan a cabo diversas acciones; de ellas nos ocuparemos en este apartado.

Refieren Gorski y Travans que el conocimiento: “Es un proceso de cognición generalizada de la realidad... que en este proceso del pensar formamos conceptos en los que se reflejan de manera peculiar, los objetos y fenómenos de la realidad”.¹⁵

Entendido de esta manera el conocimiento no es un acto único sino que supone una serie de actividades que realiza un sujeto para ponerse en contacto con un objeto.

Para que el objeto pueda ser conocido por el sujeto, necesariamente debe existir un vínculo estrecho que no puede darse si no existe una relación biyectiva entre ambos. Tal relación debe ser en principio sensorial y también intelectual, en función de la cual puede el objeto ser aprehendido, conceptualizado e incorporado en la experiencia cognoscitiva del sujeto.

En la relación sensorial dicen Rosental e Iudin:

(...) las sensaciones, las percepciones, las representaciones, en una palabra, la observación viva de la realidad constituyen los canales del mundo exterior que actúan sobre la conciencia humana. Pero en esta primera etapa, el conocimiento ofrece sobre todo imágenes de objetos aislados, no descubre más que el aspecto exterior de las cosas.¹⁶

En esa mencionada primera etapa no se logran descubrir las leyes objetivas de la naturaleza sino en una segunda, cuando interviene el pensamiento abstracto, es

¹⁴ José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 1041.

¹⁵ D.P. Gorski y P.V. Travans, *Lógica*, Grijalbo, México, 1988, p. 12.

¹⁶ Esta cita y la inmediata anterior se tomaron de: Mark M. Rosental y Pavel F. Iudin, *Diccionario filosófico abreviado*, Ediciones Pueblos Unidos, Uruguay, 1959, p. 87.

decir, en la relación intelectual, la cual describen Rosental e Iudin de la siguiente manera:

Al generalizar los datos de las sensaciones y de las percepciones, el pensamiento abstracto deja de lado todo lo que es fortuito, no esencial en los objetos y los fenómenos para penetrar en su esencia. Los resultados de esta operación se resumen en los conceptos, las categorías, y las leyes científicas.¹⁷

En el proceso cognoscitivo, de acuerdo con lo anterior, el objeto es captado sensorial e intelectivamente por el sujeto, el cual aprehende el objeto, se forma un concepto de él y a partir de este momento ese objeto pasa a ser parte de la experiencia cognoscitiva del sujeto, es decir, lo incorpora dentro de sí mismo, de tal manera que en el futuro no requiere de repetir la experiencia cognoscitiva.

FACTORES DEL CONOCIMIENTO

♦ *¿Cuáles son los factores que intervienen en este proceso?*

En el proceso cognoscitivo intervienen factores sin los cuales no puede darse el conocimiento. Es evidente, lo podrá imaginar el lector, que para que exista el conocimiento es necesario un *sujeto* capaz de realizar la actividad cognoscitiva, esto es, un sujeto dotado de inteligencia. Por otra parte se requiere también de la existencia de un *objeto* o realidad, debido a que ésta constituye la interrogante o cosa que va a ser descifrada por el sujeto. Finalmente es necesaria una *relación* entre el sujeto y el objeto, es decir, se requiere que ambos entren en contacto para que el conocimiento se pueda dar. En la medida en que dicha relación entre el sujeto y el objeto se estrecha, el conocimiento es más profundo.

El proceso visto de esta manera parece sencillo, pero en realidad es complejo. Veamos a continuación qué sucede y cómo interactúan estos factores en el proceso cognoscitivo.

Sujeto

El sujeto es el factor que lleva a cabo la labor cognoscitiva, es el elemento activo del mismo. En virtud de su racionalidad, facultad indispensable para realizar la

¹⁷ *Idem.*

labor aprehensiva de los objetos, el único sujeto capaz de efectuar dicha actividad cognoscitiva es el ser humano. Por otra parte el conocimiento no puede entenderse ni darse si el sujeto no entra en contacto con el objeto, si no hay una interacción consciente del sujeto con el objeto.

Un sujeto, frente a un objeto, puede presentarse en una actitud de simple espectador, viendo pasar frente a sí multiplicidad de objetos como en un desfile, sin centrar su atención en ninguno de ellos. Cuando esto ocurre, es evidente que no hay conocimiento de un objeto. Se desprende de ello, pues, que *el conocimiento es una actividad consciente del sujeto y no sólo consciente sino profundamente intencionada y encaminada a obtener información tal del objeto que le permita, terminado el proceso, decir que le conoce*.

En el proceso cognoscitivo, como se ha afirmado a lo largo de este estudio, participa el hombre con todas sus habilidades, capacidades, conocimientos previos y en general con todas sus experiencias, de las cuales no puede desprenderse y que influyen en forma determinante en el conocimiento. Puesto que éstas pueden enriquecerlo, parcializarlo y ampliarlo lo hacen a su vez subjetivo. Por tanto es difícil, si no es que imposible, alcanzar la objetividad del conocimiento del objeto.

Objeto

El segundo factor necesario para que el conocimiento pueda darse es, sin duda, el objeto. Se afirma que éste constituye parte de la realidad, la cual ya quedó explicada con cierta amplitud en el capítulo anterior.

La realidad, tanto factual como formal, constituye el objeto del conocimiento.

Precisamente sobre los objetos de la realidad el sujeto vuelca toda su capacidad para obtener de ellos la información necesaria. Esta información son sus notas o características materiales, que después el pensamiento abstracto dejará de lado para indagar intelectivamente sobre su esencia; también se refiere a información sobre sus relaciones internas, así como sus relaciones con otros objetos. Sin embargo es evidente que el objeto o la realidad, como ya mencionamos, no se presenta al sujeto tal y como es, lo cual dificulta la tarea cognoscitiva.

Por otra parte, entre el sujeto y el objeto o realidad se presentan interferencias u obstáculos que dificultan aún más el proceso cognoscitivo. Algunos de estos obstáculos son inherentes al sujeto, pues sus experiencias pueden influir en forma determinante en la percepción de la realidad, a tal grado, como afirmamos con anterioridad, que se puede perder objetividad.

Con toda seguridad, el lector habrá observado que sobre una misma realidad mantienen distinta opinión diferentes sujetos. Se puede decir también que sobre una misma realidad distintos sujetos poseen conocimiento diferente.

Parece ser que en el conocimiento influyen los contextos sociales específicos en que cada sujeto se desarrolla. Al respecto, se puede repetir lo dicho en el capítulo primero, siguiendo a Berger y T. Luckmann.

Lo que es real para un monje del Tíbet, puede no ser real para un hombre de negocios norteamericano. El conocimiento que tiene un criminal difiere del que posee un criminalista. Se sigue de esto que las acumulaciones específicas de realidad y conocimiento pertenecen a contextos sociales específicos.¹⁸

Lo anterior le puede dar una idea de que:

- El objeto o realidad es complejo y que, sobre todo, no se presenta al sujeto tal como es, sino que es la capacidad indagatoria del sujeto la que le permite descubrir en los objetos su estructura, sus relaciones internas, sus leyes, sus comportamientos y todos aquellos puntos o elementos de interés cognoscitivo que el sujeto intenta descubrir.
- El sujeto en su aproximación o contacto con los objetos descubrirá tantas cosas, cuantas le sean permitidas por sus características personales, como son: sus capacidades intelectuales, sus habilidades, sus conocimientos previos, los contextos sociales en los que se ha desarrollado y en general sus experiencias acumuladas. Todo lo cual enriquece el conocimiento aunque, como lo afirmó con anterioridad, también lo puede empobrecer y hacer subjetivo.

Con base en lo anterior, se puede concluir que es muy importante el estudio de la forma o manera en que el sujeto se aproxima a los objetos para obtener de ellos un conocimiento.

Precisamente la forma en que se da la relación entre el sujeto y los distintos objetos de la realidad nos conduce al problema del método que no es otra cosa sino parte de los problemas ya descritos en el breve estudio de la teoría del conocimiento.

¹⁸ Berger y T. Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 1986, p. 15.

Problemas de la relación sujeto-objeto

Se puede afirmar que los problemas tanto de la teoría del conocimiento como de la metodología derivan de la manera en que se lleva a cabo la *relación entre sujeto y objeto*, sobre lo cual reflexionaremos con mayor amplitud cuando estudiemos el método.

En este momento puede decirse que, siendo el método la forma en cómo un sujeto realiza la tarea cognoscitiva, es evidente que los problemas de la metodología tienen una relación íntima con los planteados por la teoría del conocimiento y que se encuentran relacionados con los problemas derivados de la relación sujeto-objeto.

En efecto, una vez dados el sujeto y el objeto del conocimiento es necesario que exista una relación entre ambos, ya que en tanto estén ajenos no puede darse el conocimiento.

El proceso cognoscitivo no es sino la interacción entre sujeto y objeto. De la interacción depende no sólo que el conocimiento se dé, sino también su validez. Asimismo, de la interacción depende la explicación o explicaciones que se darán del propio conocimiento, de lo que dependen las distintas posturas en la teoría del conocimiento, y en consecuencia, en la metodología de la ciencia.

Sin embargo el lector se preguntará: “¿Cuáles son los problemas del conocimiento derivados de la relación sujeto-objeto?” Tratemos de explicarlo un poco con base en lo comentado en el apartado referente a las nociones de teoría del conocimiento.

La investigación acerca de la relación entre el sujeto y el objeto dentro del proceso cognoscitivo constituye la teoría del conocimiento, es decir, las distintas explicaciones acerca de cómo se da la relación originan las distintas posturas adoptadas por la citada teoría del conocimiento.

Ahora bien, para explicar los problemas surgidos de la relación sujeto-objeto, seguiremos la obra de Adam Schaff:

El primer capítulo de su obra inicia analizando la tríada de factores que intervienen en el proceso cognoscitivo, que como ya se ha dicho son *el sujeto, el objeto y la relación*. A partir de esos factores se presentan tres modelos diferentes:

1. En el primer modelo se destaca la importancia del objeto, pues éste actúa sobre la percepción del sujeto, por ende, se atribuye a este último un papel meramente contemplativo, por lo que el conocimiento resulta ser un reflejo o copia de la realidad u objeto. Aquí se presenta el proceso cognoscitivo como un

modelo mecánico, donde el sujeto sólo refleja la realidad como una fotografía; el modelo supone un sujeto totalmente pasivo, su papel se restringe a registrar los estímulos provenientes del mundo exterior. A este modelo se le considera materialista-mecanicista. En este modelo la importancia recae sobre el objeto y el papel del sujeto es limitado, prácticamente de mero observador. Para Adam Schaff, históricamente este modelo se relaciona con los filósofos de las distintas corrientes del pensamiento materialista.

2. En el segundo modelo se destaca al *sujeto*, a tal grado de importancia que el *objeto* aparece como una creación del sujeto. Este modelo se denomina, siguiendo a Schaff, idealista-subjetivista. En este modelo el objeto se convierte en producto de las propias ideas del sujeto cognoscente. Sus representantes son los filósofos idealistas como Karl Mannheim.
3. El último de los modelos considera tanto la realidad del sujeto, concreto, ubicado en un contexto histórico-social determinado, como la del objeto. Ni el sujeto es tan activo para crear la realidad ni es tan pasivo para considerar que el conocimiento es sólo un reflejo de ella. El conocimiento es el resultado de la interacción de ambos. A este modelo pertenecen las corrientes filosóficas del materialismo dialéctico.¹⁹

Cuando el hombre entra en contacto con los objetos lo hace con el conjunto de experiencias que va acumulando, con sus capacidades y reflexiones; por ello afirmamos que gracias al proceso descrito (nos referimos al proceso descrito dentro de los tres modelos anteriores) el ser humano conoce su medio, lo domina, lo transforma, lo hace habitable, etc., convirtiéndose de esta manera la historia del ser humano en la historia misma de los procesos cognoscitivos, es decir, la historia humana es el relato de cómo el hombre se relaciona con los objetos.

Mediante tal relación el hombre capta el objeto en su totalidad. Desprendiendo o separando los aspectos fenoménicos o secundarios respecto de los esenciales e indispensables, descubre la unidad interna de los objetos, su carácter específico distintivo, es decir, su esencia, la cual una vez aprehendida o captada constituye el conocimiento mismo.

¹⁹ Véase Adam Schaff, *op. cit.*, cap. I.

TIPOS DE CONOCIMIENTO

♦ ¿Cuáles son los tipos de conocimiento?

El esfuerzo humano por desentrañar el verdadero ser de las cosas o la esencia de los objetos produce el conocimiento. Sin embargo el hombre se aproxima a la realidad con diferentes fines.

En el obrar cotidiano percibimos la realidad, y tratamos de entenderla. Sin embargo, esta forma de entenderla es transitoria, momentánea y nuestro alcance es superficial. Esto produce distintos grados de profundidad o, si se prefiere, distintos tipos de conocimiento.

Lo anterior supone que nos podemos aproximar y relacionar con la realidad en una forma natural, espontánea, sin hacer un esfuerzo sistemático, por lo cual obtendremos un conocimiento superficial, tal vez meramente descriptivo o fenoménico de los objetos o realidades. Ello puede ocurrir porque no contamos con los suficientes conocimientos previos, habilidades o capacidades para intentar un conocimiento más profundo, o también porque no tenemos interés en obtener un conocimiento más completo; que ocurra esto no significa que este conocimiento sea inútil, tal vez su utilidad consista en obtener un conocimiento superficial, una aproximación meramente utilitaria de la realidad.

Por otra parte, puede suceder lo contrario, es decir, que nos relacionemos con la realidad o sus objetos constituyentes de una manera profunda, sistemática y cuidadosa porque tenemos interés en ello o porque contamos con los conocimientos previos necesarios, las habilidades o las capacidades requeridas para tal fin o porque podemos llevar a cabo un cuestionamiento más profundo e indagatorio sobre la esencia de las cosas o podemos dar una explicación más profunda de un fenómeno o acontecimiento. De aquí que surjan dos tipos de conocimiento: *el conocimiento popular y el conocimiento científico*.

Conocimiento popular

Este conocimiento, llamado también vulgar, natural, no científico o empírico, es el modo habitual y común de acercarse a los objetos. Este tipo de conocimiento es directo y superficial, es un conocimiento elemental de la realidad, es subjetivo, sólo se ocupa de lo fenoménico, capta la realidad como se le presenta y no como es en sí.

La descripción anterior obedece a que el conocimiento popular no se preocupa por analizar la verdadera causa de los fenómenos, se guía por lo aparente sin realizar

un análisis profundo y causal de la realidad, su fin inmediato es entender a primera vista la realidad o, tal vez, busca dar de ella la explicación más inmediata, pretende resolver el problema del contacto inmediato con los objetos. Constituye más que un verdadero conocimiento, un cuerpo de opiniones, como afirma Karel Kosik.

En el pensamiento cotidiano, las formas fenoménicas de las cosas se reproducen como realidad.... debido a que el aspecto fenoménico de la cosa es un producto espontáneo de la práctica cotidiana. La práctica utilitaria de cada día crea el “pensamiento común” —en el cual se captan tanto la cosa y su aspecto superficial como la técnica del tratamiento de ella como forma de su movimiento y de su existencia... El pensamiento común es la forma ideológica del obrar humano de cada día.²⁰

Quiere decir que la finalidad del conocimiento popular o natural es, en términos prácticos, dar noticia de la existencia de la realidad.

En resumen, el conocimiento común:

- Es la forma habitual de conocer. Determina nuestras actividades de cada día.
- Se obtiene por azar a través de diversas fuentes.
- Carece de método y de orden sistemático.
- Su valor es subjetivo.
- Se fundamenta en la buena fe, el sentido y la lógica común.
- Tiene como finalidad guiarnos en el mundo práctico.

Conocimiento científico

A diferencia del conocimiento cotidiano o común, el pensamiento científico es un conocimiento causal de la realidad que se interesa en las verdaderas causas de las cosas, mediante la búsqueda metódica y sistemática. Este conocimiento contiene dentro de sí mismo la garantía de su propia validez, pretende explicaciones válidas y veraces, es una actividad especializada del científico, el investigador o de quienes ejercen una profesión.

El conocimiento científico se ocupa de la búsqueda de la verdadera causa de los fenómenos, busca explicaciones racionales y generales, pretende conocimientos más o menos permanentes.

²⁰ Karel Kosik, *op. cit.*, pp. 31-32.

Las principales características de este conocimiento son:

- a) **Objetividad.** Casi todos los autores de la metodología coinciden en señalar esta característica como la más importante. Significa que el conocimiento científico debe apegarse a la realidad, lo que implica que el sujeto cognoscente debe despojarse de sus propias inclinaciones e ideología personal y estudiar los hechos como se presentan y como son en la realidad. Es indudable también que la objetividad es una de las características más difícil de lograr, sobre todo en la ciencia social, que siempre está imbuida del presente y en la cual el investigador o sujeto del conocimiento está inmerso en el mismo fenómeno que analiza. No obstante ello, es gracias a la objetividad que el conocimiento científico se puede verificar, ya que la verificación de la ciencia no es más que confrontar el conocimiento teórico obtenido con la realidad.
- b) **Racionalidad.** Está dada porque el conocimiento científico procede con rigurosidad y coherencia lógica estricta. Esto se manifiesta en la exactitud, precisión y claridad conceptual. Asimismo se manifiesta en la realización y construcción de argumentaciones apegadas estrictamente a las leyes lógicas del pensamiento, tales como la inducción y la deducción.
- c) **Metodicidad.** El conocimiento es una tarea debidamente planeada, no errática, basada en procesos, procedimientos y técnicas, en el manejo de leyes y teorías, que toma en cuenta conocimientos ya comprobados. La metodicidad no significa que el proceder científico se convierta en la aplicación de recetas infalibles, pues el conocimiento científico procede del diseño de un proceso de investigación, un plan de trabajo, donde cuenta la creatividad. El método científico seguido por el investigador es una construcción que se va realizando y perfeccionando al mismo tiempo que se realiza la investigación.
- d) **Sistematicidad.** El conocimiento científico no es un conocimiento aislado, inconexo o disperso, forma parte de un cuerpo debidamente estructurado, es decir, es inherente al conocimiento científico organizar racional y sistemáticamente los conocimientos o resultados obtenidos al investigar, para incluir, dichos conocimientos, en leyes o teorías generales más amplias a efecto de permitir la visión totalizadora de la realidad.
- e) **Generalidad.** Aun cuando el conocimiento científico se ocupa del estudio de cosas o hechos particulares, su preocupación es encontrar elementos explicativos generales. Conforme esta generalización se amplía, la ciencia se maneja a

mayores niveles de abstracción, llegando hasta la filosofía, que se encuentra en los niveles más altos de generalidad y, en consecuencia, de abstracción.

- f) **Falibilidad.** Al ser el conocimiento científico producto de una actividad humana, existe la posibilidad de cometer errores, de modo que no es posible obtener verdades definitivas y finales, sino que por el contrario son provisionales y siempre estarán sujetas a revisión para que, una vez perfeccionadas y modificadas, hacerlas cada vez más objetivas y apegadas a la realidad.
- g) **Verificabilidad.** El conocimiento científico basa sus aseveraciones en la comprobación o verificación. La técnica o forma de verificación depende de la ciencia y del tipo de objeto o realidad de que se trate, no se verifica de la misma manera en la física, la matemática, la lógica o la filosofía. Aunque el conocimiento científico es verificable ello no significa que sea infalible.

Las características anteriores son fundamentales. Algunos autores mencionan otras, como Mario Bunge, quien afirma que el conocimiento es fáctico, legal, especializado, claro, preciso, comunicable, trascendental, analítico, etcétera.²¹

Para terminar presentamos un cuadro comparativo que ejemplifica las diferencias entre el conocimiento cotidiano y el conocimiento científico.

Conocimiento común	Conocimiento científico
• Es subjetivo	• Es objetivo
• Es empírico	• Es racional
• Es no metódico	• Es metódico
• Es práctico	• Es sistemático
• Es particular	• Es general
• Es no verificable	• Es verificable

²¹ Mario Bunge, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1980, pp. 1-36.

ACTIVIDAD

Explique con sus palabras y con base en el texto estudiado las diferencias entre el conocimiento común o cotidiano y el conocimiento científico.

[illegible]

EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Aunque en esta obra procuramos introducir al lector al estudio del derecho, es necesario reflexionar de manera breve sobre el problema del conocimiento jurídico, dando por hecho que apenas inicia usted sus estudios de licenciatura. Por ello, trataremos de exponer el asunto de la forma más sencilla.

El problema del conocimiento jurídico, al cual por cierto se han dedicado muchas horas de investigación, no se encuentra resuelto, pues aún se reflexiona sobre él. Está íntimamente relacionado con el estudio del derecho como objeto y de su ubicación dentro de la realidad. A partir de estas cuestiones se construye la teoría del conocimiento jurídico.

Para la mayoría el problema del conocimiento jurídico queda reducido al conocimiento amplio, sistemático y cada vez más profundo del derecho positivo, es decir, de las normas. Parece ser que la labor epistemológica del jurista se agota en el estudio dogmático de la normatividad y considera esta disciplina como algo acabado y perfecto.

De acuerdo con ello el saber jurídico, aparentemente, es simple y no representa mayor problema. El derecho, se suele decir, es una creación humana y su esencia radica en la normatividad, la cual es obra del mandato del legislador, por lo tanto la labor cognoscitiva del jurista está determinada por dicha normatividad y el contenido de la ley queda fuera de discusión, así que la actividad cognoscitiva se reduce o bien al estudio formal y lógico de la propia ley o bien a la aplicación o búsqueda de la solución justa, equitativa y correcta que puede pedirse dentro de la propia norma. Sin embargo, ¿qué sucede si la solución justa no se logra? ¿Será problema del jurista? ¿Será un problema del conocimiento jurídico?

Las reflexiones sobre el conocimiento jurídico han sido olvidadas por los juristas. Para ellos el problema está agotado, pues entienden el derecho como:

Un conjunto de normas de conducta y las normas no son objetos sensibles, sino ideales, es decir, objetos que no ocupan lugar en el tiempo ni en el espacio y cuya existencia no es perceptible sino tan sólo pensable.²²

Por otra parte según Bremer

...el ser humano pone frente al Derecho positivo (aquí radica su tarea cognoscitiva) un Derecho ideal, acabado, perfecto, un Derecho que no ha sido nunca y posiblemente nunca llegue a ser, pero que sin embargo debe ser.²³

²² Bremer, *El panorama del conocimiento jurídico*, Asociación Nacional de Abogados, México, 1985, p. 8.

²³ *Ibidem*, p. 9.

Al respecto comentamos que si la tarea cognoscitiva del jurista radica en concebir ese derecho ideal, como un deber ser sin realización concreta, su actividad queda reducida a especulación pura sin fundamento objetivo y, en consecuencia, dicha labor no es científica.

Para quienes dan por resuelta la problemática de la teoría del conocimiento del derecho es porque lo consideran dentro de alguna o algunas de las siguientes facetas:

- a) Como un conjunto de normas que regulan la conducta de una sociedad y cuyas disposiciones pueden estar orientadas en cualquier sentido sin que esto importe. En dicha orientación poco pueden influir los juristas.
- b) Como un producto cultural surgido en el tiempo y en un contexto determinado cuyo estudio toca a los historiadores.
- c) Como un ideal trascendente que está por encima de la realidad y del cual se ocupan los filósofos.
- d) Como fenómeno de la vida comunitaria que refleja las condiciones de una sociedad, aspecto del cual se encargan los sociólogos.

Como observamos, todas estas facetas son objeto de estudio de las diferentes disciplinas jurídicas, muchas de las cuales no se enseñan o ya no se practican.²⁴

Lo anterior nos lleva a concluir que para los juristas el problema de la epistemología jurídica no existe, dado que para ellos su margen de conocimiento queda relegado a la normatividad, y la actividad cognoscitiva se encamina a la elaboración de conceptos y categorías lógicas rigurosas e inamovibles como las normas positivas mismas; de tal manera que sus construcciones se convierten en razonamientos desprovistos de cualquier sentido crítico, con lo que se llega a un verdadero dogmatismo o una construcción de paradigmas fuera de los cuales no tiene cabida ninguna otra postura.

De conformidad con estas ideas Hernández Gil afirma:

El derecho es realidad, acontecer, parte de todo ese conglomerado de productos sociales. Captar y explicar el derecho, hacerle objeto de conocimiento, no consiste en colocarse al mismo nivel en que se manifiesta. Es necesario adoptar una actitud de reflexión y crítica que supone incidir en él en cuanto objeto. Los males que aquejan al

²⁴ *Ibidem*, p. 10.

saber jurídico no proceden de los excesos científicos sino por el contrario de la falta de desarrollo epistemológico pleno.²⁵

La mayoría de los autores reducen el problema del conocimiento del derecho o problema epistemológico del mismo a la dogmática jurídica y a las fuentes del derecho.

Las breves reflexiones anteriores, citadas sólo a modo de ejemplos, ilustran que en torno al problema del conocimiento jurídico abundan opiniones en los sentidos más diversos y han sido mencionadas fundamentalmente con el ánimo de provocar en el lector una reacción y, sobre todo, una sana curiosidad.

FUENTES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Es válido iniciar este punto distinguiendo entre información y conocimiento, porque algunos autores, sobre todo tratándose del derecho, manejan como fuentes del conocimiento jurídico un cúmulo de fuentes de información y no de conocimiento.

Entendemos por información un sinnúmero de datos que manejamos, recibimos por distintos medios y vamos incorporando a otro tipo de informaciones que poseemos y que damos como válidas sin cuestionamiento alguno y que no son producto de ninguna actividad cognoscitiva.

Esto no significa que dudemos de todo, como hicieron los escépticos, sino de que seamos serios como estudiantes, estudiosos o investigadores del derecho y no confundamos simples aseveraciones, fundamentadas en información, a veces de dudosa seriedad, con lo que es el auténtico conocimiento científico, pues éste se basa en información sometida a prueba, es decir, se trata de conocimientos encontrados mediante nuestra labor indagatoria sobre los objetos que deseamos conocer. No es información recibida dogmáticamente, sino puesta en tela de juicio, contrastada empírica o racionalmente, según el tipo de información de que se trate.

Ciertamente estamos de acuerdo en que toda labor indagatoria parte de un cuerpo de conocimientos que posee el sujeto, pero algunos de ellos no son conocimientos, sino simples aseveraciones que aceptamos como ciertas.

Debemos afirmar que la verdadera fuente del conocimiento radica en la realidad, pero es evidente que por distintas circunstancias hay realidades conocidas en

²⁵ G. Hernández, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Edit. Civitas, Madrid, 1981, pp. 11-12.

forma directa y de otras en las cuales su conocimiento directo es imposible, por lo que debemos acudir a fuentes indirectas de información cuyo fundamento objetivo deberá ser confirmado. Sólo después de dicha confirmación puede ser convertida en fuente de conocimiento.

Lo descrito anteriormente es válido para el conocimiento jurídico, por ello daremos un panorama amplio de las posibles fuentes del derecho, posteriormente se estudiarán las “fuentes formales del derecho”, que son más restringidas y se refieren estrictamente *al conjunto de procesos de creación de las normas jurídicas, es decir, al proceso legislativo establecido estrictamente en la constitución*.

Para estudiar las fuentes del conocimiento jurídico seguiremos a Bascuñán Valdés. Este autor menciona que el saber jurídico puede clasificarse en:²⁶

- a) Vulgar o primario, de donde se deriva el derecho usual.
- b) Racional o reflexivo, que comprende:
 - El aspecto empírico o técnico, de donde surgen las técnicas jurídicas.
 - El aspecto científico, que comprende la genética del derecho y la historia del derecho.
 - El aspecto filosófico, de donde surge la ciencia del derecho positivo y la filosofía del derecho.

En la misma obra este autor señala lo que denomina cuadro clasificatorio de las fuentes del conocimiento jurídico que transcribimos a continuación.²⁷

Fuentes directas: referentes a las formas y a la vida del derecho. Éstas pueden ser las siguientes:

- *Mediadas*. Elaboradas por un intermediario o agente para fines científicos con relación al derecho, entre las que tenemos la literatura jurídica en sentido estricto, que son las obras de tratadistas, comentaristas, sintetizadores privados, recopilaciones, repertorios, antologías de fuentes jurídicas, etcétera.
- *Inmediadas*. Son creadas sin la intervención de un intermediario que persiga fines científicos en orden al derecho, dentro de estas fuentes hay:
 1. Hechos: es decir, conducta humana de tipo jurídico, costumbres jurídicas.

²⁶ A. Bascuñán Valdés, *Manual de técnica de la investigación jurídica*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1961, p. 33.

²⁷ *Ibidem*, pp. 42-43.

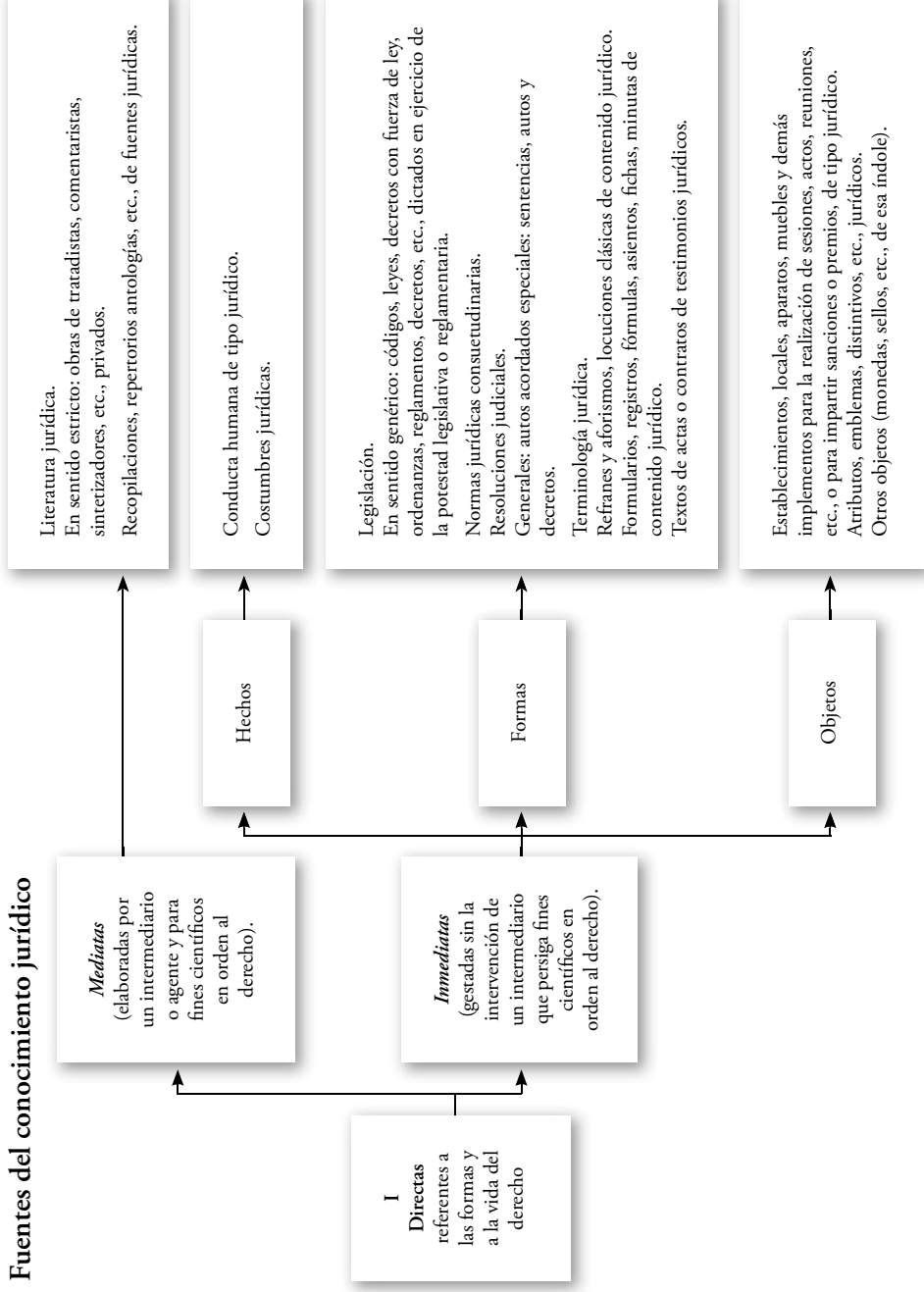
2. Formas: legislación en sentido genérico, códigos, leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos dictados en ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria, etc.; normas jurídicas consuetudinarias, resoluciones judiciales generales, autoacordadas y especiales, es decir, sentencias, autos y decretos; terminología jurídica, refranes y aforismos, locuciones clásicas de contenido jurídico; formularios, registros, fórmulas, asientos, fichas, minutas de contenido jurídico y, textos de actas o contratos de testimonios jurídicos.
3. Objetos: establecimientos, locales, aparatos, muebles y demás implementos para la realización de sesiones, actos, reuniones, etc., o para impartir sanciones o premios de tipo jurídico. Atributos, emblemas, distintivos de instituciones o personas para fines jurídicos. Otros objetos como son monedas, sellos, etcétera.

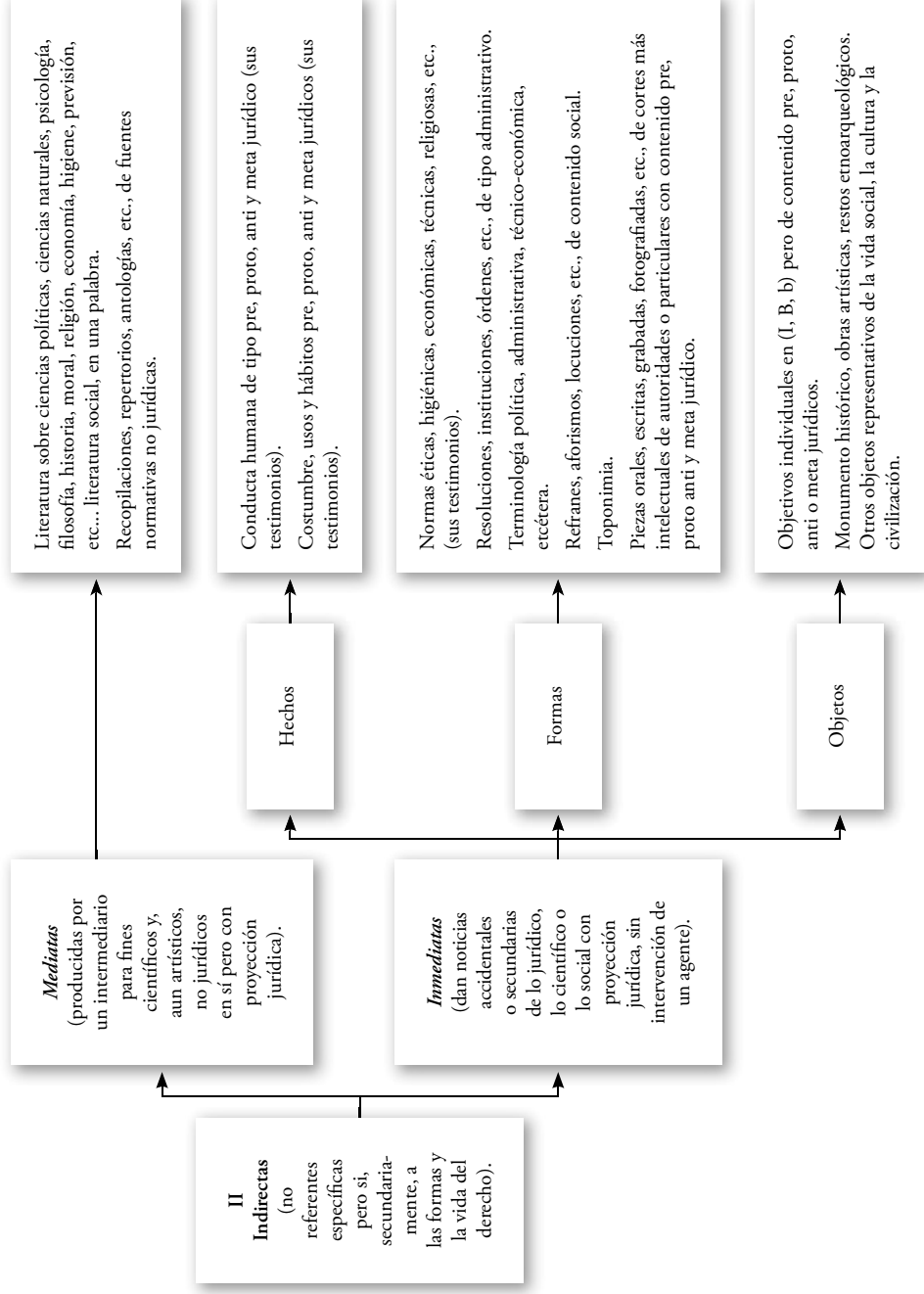
Fuentes indirectas:

- *Mediatas*: producidas por un intermediario para fines científicos y, aun artísticos, no jurídicos en sí pero con proyección jurídica. En estas fuentes existe literatura sobre ciencias políticas, ciencias naturales, psicología, filosofía, historia, moral, religión, economía, higiene, previsión, etc., y en general literatura social.
- *Inmediatas*: estas fuentes dan noticias accesorias, accidentales o secundarias de lo jurídico, lo científico o lo social, pero con proyección jurídica. Dentro de estas fuentes tenemos:
 1. **Hechos**: Testimonios de conductas humanas de tipo pre, proto y meta jurídico.
 2. **Formas**:
 - a) Testimonios de normas éticas, higiénicas, económicas técnicas, religiosas, etcétera.
 - b) Resoluciones, instituciones, órdenes, etc., de tipo administrativo.
 - c) Terminología política, administrativa, técnico-económica, etcétera.
 - d) Refranes, aforismos, locuciones, etc., de contenido social.
 - e) Toponimia.
 - f) Piezas orales, escritas, grabadas, fotografiadas, etc., de corte intelectual de autoridades o particulares con contenido pre, proto y meta jurídico.
 3. **Objetos**:
 - a) Objetos individuales de contenido pre, proto y meta jurídico.
 - b) Monumentos históricos, obras artísticas, restos etno-arqueológicos.
 - c) Otros objetos representativos de la vida social, la cultura y la civilización.

Veamos, para simplificar, un cuadro sinóptico de las fuentes del conocimiento jurídico:

Fuentes del conocimiento jurídico





Para concluir este apartado debe mencionarse que el jurista Villoro Toranzo propone como fuentes del conocimiento jurídico lo siguiente:

- a) Datos reales, los cuales son las condiciones fácticas de la sociedad, es decir, son las necesidades económicas, políticas, sociales, etc., y de cualquier otro tipo que conforman la realidad, que se dejan a las ciencias auxiliares y que los juristas no estudian.
- b) Datos históricos donde se integran legislaciones del pasado, las cuales por desgracia estudiamos en forma estática sin el contexto en el que surgieron.
- c) Datos racionales, los cuales son producto de los procesos humanos de abstracción mediante su contacto con la realidad, es decir, incorpora los datos reales en su vida y los hace parte de su convivencia.
- d) Datos ideales, los cuales comprenden la realización de los valores y la incorporación de los mismos al mundo de la juridicidad y a la conducta social.²⁸

Desde nuestro punto de vista se halla vigente el problema del conocimiento jurídico o de la epistemología jurídica, ya que de ninguna manera está resuelto aunque sí muy olvidado. Es lamentable que los juristas nos encontremos encerrados en esquemas de los que sólo saldremos cuando nos transformemos en verdaderos investigadores jurídico-sociales. Convertirnos en gente reflexiva nos permitirá ver la realidad más allá de las normas y entender la vinculación del derecho con la realidad, ya que las normas son productos sociales cuyo contenido, que no analizamos, tienen su fundamento en el acontecer social. Tal como afirma Álvarez Gardiol.

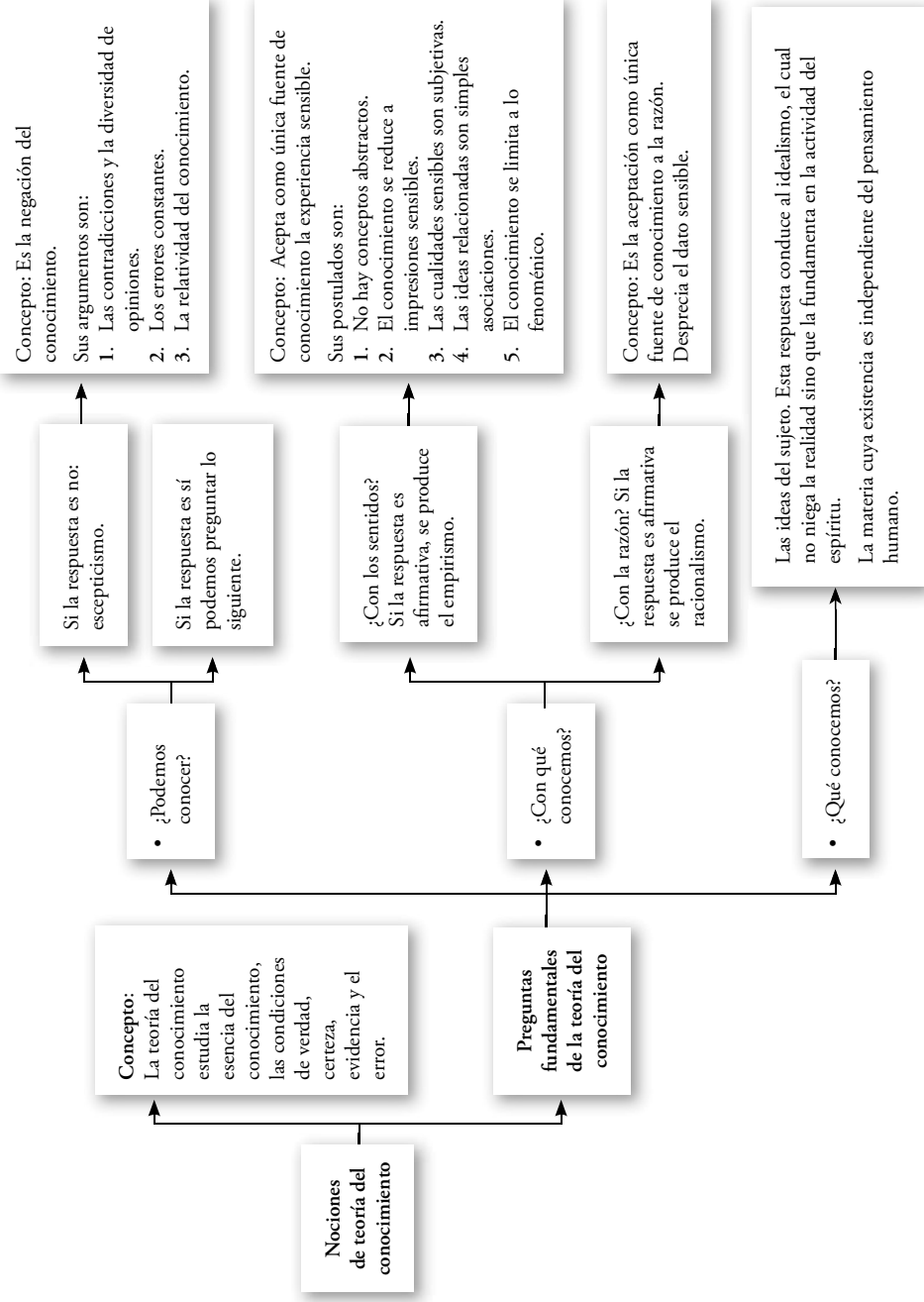
En el mundo del derecho hay conocimiento de objetos ideales, en tanto y en cuanto expresión de normatividad y también hay conocimientos de objetos reales, en cuanto facticidad subsumible en los géneros normativos del sistema.²⁹

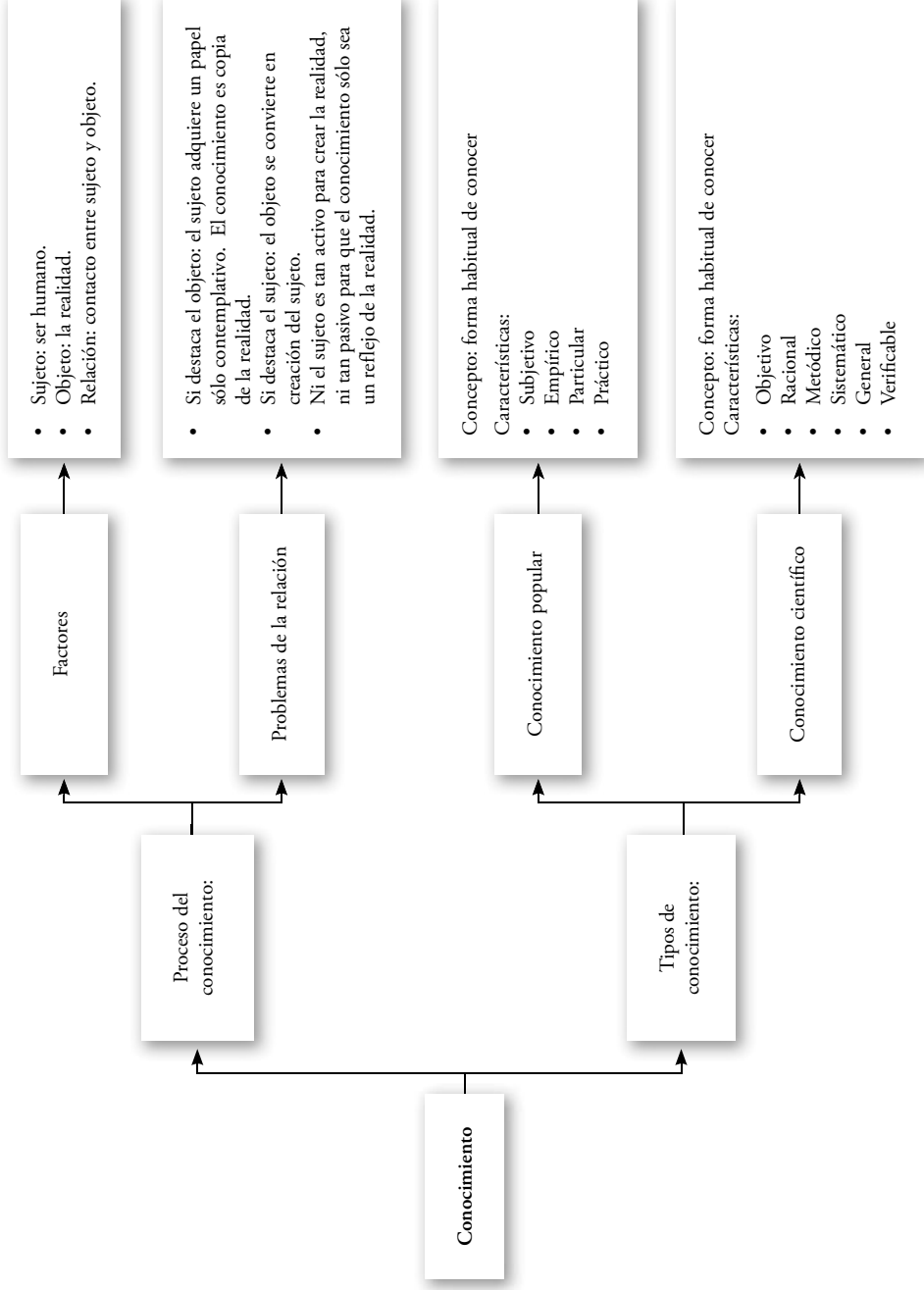
Lo anterior da una visión de que el conocimiento jurídico es complejo. Así, durante los estudios que realice muchas dudas se irán aclarando y otras cosas que ahora resultan claras y sencillas se irán complicando. Eso es lo interesante del estudio del derecho.

Estudie los siguientes cuadros.

²⁸ Cfr. M. Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1987, pp. 189-200.

²⁹ A. Álvarez Gardiol, *Manual de filosofía del derecho*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 264.





ACTIVIDADES

Conteste el siguiente cuestionario:

1. ¿Qué es la teoría del conocimiento?
2. Mencione los problemas de los que se ocupa la teoría del conocimiento.
3. ¿Qué es el escepticismo?
4. ¿Cuáles son los argumentos en que se basa el escepticismo?
5. ¿Qué es el idealismo?
6. Mencione algunos de los postulados del empirismo.
7. ¿Qué se entiende por racionalidad en el conocimiento científico?
8. ¿Qué es el racionalismo?
9. Establezca alguna relación entre el racionalismo y el idealismo.
10. ¿Cuáles son las características del conocimiento científico?
11. ¿Por qué decimos que el conocimiento científico es sistemático?
12. ¿Por qué decimos que el conocimiento popular o común es particular?
13. ¿Qué es el materialismo?
14. ¿Cuáles son los factores que intervienen en el proceso cognoscitivo?
15. ¿Cuál es la importancia de cada uno de los factores y qué sucede si uno de los factores destaca más en detrimento de otro?
16. Explique las características del conocimiento popular o común.
17. ¿Qué es el conocimiento?
18. Explique con sus palabras el problema del conocimiento jurídico.
19. Explique con sus palabras la vinculación entre el estudio de la realidad y el estudio del conocimiento.
20. ¿Qué sucede si en el proceso cognoscitivo no hay relación entre sujeto y objeto?

Complete el siguiente esquema:

Conocimiento popular Características	Conocimiento científico Características
1.	1.
2.	2.
3.	3.
4.	4.
5.	5.

Explique, con sus palabras y con la ayuda del siguiente cuadro los problemas derivados de la relación entre sujeto y objeto:

¿Qué sucede si en la relación cognoscitiva destaca la importancia del objeto?	
Si en la relación cognoscitiva predomina el sujeto, ¿qué puede explicar?	
Con sus palabras explique la tercera posibilidad.	



3. *La ciencia*

Al finalizar este capítulo, el alumno:

- Comprenderá los diferentes conceptos de ciencia.
- Distinguirá los elementos estructurales de la ciencia.
- Analizará diversas clasificaciones de la ciencia.
- Entenderá la importancia de la estructura de la ciencia para el conocimiento de la metodología de la ciencia.

Otro tema obligado para comprender la teoría general de derecho, además de los dos temas vistos anteriormente —la realidad y el conocimiento—, es el de la ciencia. La comprensión de estos tres temas permitirán la adquisición de un marco teórico común, necesario para entender con mayor amplitud la teoría del conocimiento, la metodología de la ciencia y, con estas bases, entender qué es la teoría, objeto de estudio del capítulo siguiente.

Hablar de la ciencia es incursionar en un tema tratado y discutido ampliamente por especialistas de todas las áreas del saber. También es enfrentarse a opiniones de las más variadas tendencias filosóficas y, sobre todo, significa adentrarse en el terreno del dogmatismo del siglo xx.

Ello ocurre porque actualmente hablar de la ciencia, es hablar de fiabilidad, seguridad y conocimiento probado. En una palabra, es referirse al dogmatismo de nuestra era, pues si deseamos que algo se tome con seriedad y sea aceptado con seguridad y certeza basta agregarle el calificativo de científico.

Sin embargo, esto es una lamentable y errónea concepción de la ciencia, pues, como lo dijimos antes, el conocimiento científico es falible, es decir, no existen verdades científicas absolutas.¹ En la historia de la ciencia consta que lo que hoy se tiene como verdad científica irrefutable, mañana puede convertirse en aseveración falsa carente de fundamento y científicidad.

La ciencia es producto de nuestro devenir histórico, es un producto humano que representa el cúmulo de experiencias unidas en nuestra historia, esto es, la historia del ser humano no es otra cosa sino la historia de la ciencia o de nuestro conocimiento. Esta afirmación debe entenderse como que la ciencia es un producto de la actividad cognoscitiva (conocimiento científico), es decir, la actividad racional encaminada a entender y transformar el medio que nos rodea y que ha sido producto del desarrollo y perfeccionamiento de la actividad cognoscitiva. Al igual que el conocimiento, la ciencia ha sido analizada por filósofos, sociólogos y psicólogos, de ahí que pueda ser definida desde distintos puntos de vista.

CONCEPTO DE CIENCIA

Como ya se mencionó, resulta muy complejo dar la definición de algo, y si eso que se quiere definir es la ciencia, la complejidad es mayor. Decir que algo es ciencia o hablar de la ciencia sirve para afirmar, negar, refutar, descalificar, admitir o rechazar un conocimiento. De la misma manera, agregar a una afirmación el calificativo de científica significa que se acepta. Que algo sea científico significa que es aceptado en un círculo muy cerrado o en una comunidad epistémica especial.

No obstante, también es verdad que cuando se habla en términos de conceptos más que aclarar lo que son las cosas, se suele limitar lo que se entiende de ellas.

¹ *Supra*, capítulo segundo, apartado referente a las características del conocimiento científico, p. 20.

Así, definir siempre es difícil, y si se trata de la ciencia la tarea puede resultar casi imposible. ¿Qué hacer entonces? En primer lugar, hay que intentar reflexionar acerca de la ciencia y, en segundo lugar, proponer conceptos desde distintas perspectivas y distintos autores.

De la ciencia no existe una definición específica o hay tantas definiciones como sujetos que pretenden descifrar lo que es la ciencia.

Entonces, sólo hay que comenzar por decir algo acerca de lo que significa la palabra ciencia.

Concepto etimológico

Etimológicamente la palabra ciencia proviene del verbo latino *scire*, que significa saber, es decir, que la ciencia (*scientia*) es el saber por excelencia. Este saber pretende dar una explicación de sucesos, fenómenos o realidades. Ello significa que la ciencia es un saber que pretende garantizar, en alguna medida y de algún modo, su validez.

La ciencia, dice Luis Villoro, “Es un cuerpo de saberes, antes que un conocimiento, le importa la objetividad... La objetividad de su justificación le permite ser una garantía de verdad para cualquier sujeto que tenga acceso a sus razones”.²

El saber, dice Ferrater Mora, en su diccionario de filosofía se equipara con frecuencia al conocimiento, sin embargo, en la literatura filosófica se emplea saber en un sentido más amplio, esto es, el conocimiento se refiere a situaciones específicas objetivas que acumuladas dan lugar a la ciencia; en la afirmación de Luis Villoro citada con anterioridad al afirmar que la ciencia es un “cuerpo de saberes” significa que la ciencia no es otra cosa que el contacto con la realidad, para lo cual se requiere actitud crítica, objetivación de la realidad, cuestionamiento, universalización de lo sabido, así como justificación segura que permita a quien se pone en contacto con la ciencia tener la garantía de validez.

Concepto sociológico

Como se apuntó al inicio de este capítulo, la ciencia es una creación humana, un producto social, y gracias a la ciencia el hombre puede dominar y modificar su medio para facilitar y convertir en más placentera su existencia.

² Luis Villoro, *Creer, saber, conocer*, Siglo XXI, México, 1987, p. 22.

La ciencia o la actividad científica pretende —y de hecho lo hace— transformar la realidad para beneficio de la sociedad. Más aún, el hacer ciencia obedece a una necesidad social, pues la sociedad humana es la que tiene o plantea requerimientos o necesidades que la ciencia debe proponerse resolver. Una vez resueltos estos requerimientos o una vez que la ciencia ha encontrado respuesta a dichas necesidades, los vierte en beneficio de la sociedad misma, y ésta en la práctica aprueba, comprueba, rechaza, amplía y cuestiona las aportaciones científicas resultantes. En estas condiciones es imposible que la ciencia se margine de la sociedad, pues quien investiga se encuentra inmerso en el conglomerado humano.

Por otro lado, la investigación científica es posible gracias a la contribución económica que la sociedad le brinda a la ciencia y, en muchas comunidades, el costo social de la investigación es muy alto. Dicho de otra forma, al final de cuentas, es la sociedad la que paga la investigación científica, a través de impuestos, y sobre todo que los productos científicos llegan a la sociedad que puede pagar por ellos y los que no pueden pagar se quedan al margen del desarrollo y de las posibilidades que la ciencia ofrece para mejorar el nivel de vida; por otra parte, son los países ricos los productores de la ciencia y son las élites las que gozan con mayor amplitud de las posibilidades que el desarrollo científico brinda. De este modo, resulta cierto que la sociedad obtiene la ciencia que desea y puede pagar. Estas reflexiones tienen relación forzosa con la pretendida objetividad de la ciencia, como afirma Stewart Richards:

Las cuestiones concernientes a la neutralidad de la ciencia pronto nos envuelven en desesperantes dilemas éticos de inmediata importancia social y política. Aquellas que se proclaman objetivas y de confiabilidad especial como cuerpo de conocimientos, pronto quedan relacionadas con cuestiones religiosas que para mucha gente, aun en una época laica son todavía asuntos de la máxima importancia; y aquellas que parecen ser más terrenales, relacionadas quizá con la aplicabilidad del conocimiento científico, se considera que tienen relación vital con los procesos de toma de decisiones de la política científica. Asuntos como éstos se hacen más apremiantes cada día. Si bien pocos de ellos pueden resolverse con certeza, también es cierto que ninguna respuesta responsable será posible mientras la ciencia sea tratada como si operara en el vacío.³

³ Stewart Richards, *Filosofía y sociología de la ciencia*, Siglo XXI, México, 1987, p. 11.

Es evidente que la actividad y los logros científicos operan por, en y para la sociedad. Por lo mismo, también debe concebirse a la ciencia desde un punto de vista sociológico. En este sentido, podemos afirmar que la ciencia puede entenderse como:

Un conjunto de saberes originados en la práctica social humana, validados y comprobados en la misma sociedad.

Kedrov y Spirkin dicen que la ciencia:

[...] es un sistema de conocimientos en desarrollo, los cuales se obtienen mediante los correspondientes métodos cognoscitivos y se reflejan en conceptos exactos, cuya veracidad se comprueba y demuestra en la práctica social... La práctica social es la esfera de la aplicación de los conocimientos, y en este sentido constituye el objetivo del conocimiento. De hecho, en cualquier esfera de la ciencia, la orientación práctica representa el estímulo fundamental y determinante de la investigación. Toda la historia del conocimiento científico muestra que, después de que un descubrimiento ha sido utilizado en la práctica, se inicia un desarrollo intenso en la correspondiente esfera del saber científico: el desenvolvimiento de la técnica revoluciona la ciencia.⁴

Concepto filosófico

La ciencia, entendida desde el punto de vista filosófico, pertenece al mundo abstracto, pues es la encargada de discutir y descubrir las causas de las cosas. De modo que separa lo causal —lo que tiene una explicación coherente y válida de los fenómenos observados— de lo fenoménico y de la forma en que aparentemente se manifiesta la realidad.

La actividad científica pretende el encuentro de lo necesario, lo que se encuentra respaldado en leyes, lo general, la “cosa en sí”, para poder prever los diferentes fenómenos, objetos y acontecimientos.

Filosóficamente a la ciencia le corresponde *encontrar la verdadera causa de las cosas, estudiar objetivamente la realidad, penetrando en su estructura, en el ser de los objetos, lo cual implica una tarea sistemática y metódica.*

⁴ M. Kedrov y A. Spirkin, *La ciencia*, Grijalbo, México, 1968, pp. 1 y 23.

Históricamente, la ciencia, *stricto sensu*, aparece cuando el hombre llega al estadio filosófico, después de superar los estadios mítico y religioso.⁵ La ciencia nos presenta la pretensión de un análisis totalizador de la realidad, por eso se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que la filosofía, en sus inicios, era la única ciencia. Hasta muy avanzada la historia humana y el quehacer filosófico es cuando surgen las ciencias particulares.

La separación entre filosofía y ciencia se produce paulatinamente, *reservándose a la ciencia el descubrimiento y estudio de las relaciones entre hechos o fenómenos singulares, para integrarlos en leyes más amplias*. De manera que, en la medida en que las relaciones descubiertas son más generales, las ciencias van penetrando en explicaciones últimas lo que les permite aproximarse a la filosofía, y viceversa, cuando las explicaciones filosóficas pierden generalidad aparecen las ciencias particulares que se ocupan de hechos o fenómenos más específicos y explicaciones que, si bien tienen cierto grado de generalidad, no pretenden la concepción totalizadora última y absoluta de la realidad. La visión totalizadora última y tal vez absoluta de la realidad corresponde a la filosofía.

Otros conceptos de ciencia

El análisis de otros conceptos de ciencia permitirá, junto con lo dicho hasta aquí, dar las características de la ciencia e identificar su estructura. Ander Egg dice que la ciencia es: “un conjunto de conocimientos racionales, ciertos o probables obtenidos metódicamente, sistematizados y verificables que hacen referencia a objetos de la misma naturaleza”.⁶

La ciencia reposa en la rigurosidad conceptual, el establecimiento de categorías precisas y la coherencia lógica interna. Entonces, puede decirse que la ciencia está relacionada con un proceso estricto mediante la ejecución de pautas y el empleo de procedimientos técnicos e instrumentos apropiados y rigurosos para efectuar la investigación, y aunque sus suposiciones o afirmaciones provisionales serán susceptibles de verificación estricta, una vez que hayan sido probadas, formarán parte de la ciencia misma al incorporarlas en un sistema de postulados, axiomas, leyes o teorías más generales.

Luis Villoro dice que la ciencia consiste en un conjunto de saberes compatibles con una comunidad epistémica determinada: teorías, enunciados que les ponen

⁵ Cfr. Jacques Maritain, *Introducción a la filosofía*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1980, pp. 1-32. Precisamente en la actitud filosófica el ser humano intenta explicaciones racionales de los fenómenos que lo rodean, superando el mito, la fantasía o la atribución de dichos fenómenos a seres sobrenaturales.

⁶ E. Ander Egg, *Introducción a las técnicas de investigación social*, Humanitas, 1989, Buenos Aires, p. 14.

en relación con un dominio de objetos, enunciados de observación comprobables ínter subjetivamente, todo ello constituye un cuerpo de proposiciones fundadas en razones objetivamente suficientes.⁷

Por su parte, Alfredo Tecla y Alberto Garza señalan que la ciencia: “es una estructura, un sistema de teorías, principios y leyes y categorías que observan tres niveles que son el técnico, el metodológico y el teórico”.⁸

Stewart Richards, en su texto *Filosofía y sociología de la ciencia*, señala que la ciencia: “estudia aquellos aspectos de nuestro conocimiento del mundo externo sobre los que puede haber un consenso universal al menos en principio”.⁹

Ahora bien, casi todos los autores que se han ocupado del tema de la ciencia coinciden en señalar que *es un conocimiento objetivo, probado*, donde los sentimientos, las emociones y la imaginación personales no tienen cabida, porque la ciencia se basa en realidades.

Kedrov y Spirkin indican que:

La esencia del conocimiento científico consiste en la auténtica generalización... La coronación de la labor científica es la predicción, que nos descubre los horizontes de los fenómenos o acontecimientos históricos futuros, es el signo revelador de que el pensamiento científico sujeta las fuerzas de la naturaleza y las fuerzas que mueven la vida social a la realización de las tareas que la humanidad se plantea.¹⁰

Un rasgo esencial de la cognición científica, además de ser objetiva, metódica y general, por mencionar sólo algunas características, es ser sistemática, es decir, es una agrupación ordenada de conocimientos según determinados principios teóricos.

A la ciencia le son indispensables los objetos singulares que, una vez estudiados, le permiten descubrir relaciones que pueden ser resumidas en enunciados generales explicativos.

Lo analizado hasta el momento (la realidad, el conocimiento, sus elementos sujeto y objeto, y la relación ente ellos y las características del conocimiento científico donde analizamos sobre todo el tema de la metodividad) pone ciertas bases para

⁷ Luis Villoro, *op. cit.*, p. 22.

⁸ Alfredo Tecla y Alberto Garza, *Teoría, métodos y técnicas de investigación social*, Taller Abierto, México, 1980, p. 24.

⁹ Stewart Richards, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰ M. Kedrov y A. Spirkin, *op. cit.*, pp. 9-10.

iniciar el estudio de la estructura de la ciencia, es decir, sus componentes básicos e indispensables que veremos a continuación.

ESTRUCTURA DE LA CIENCIA

La ciencia, al igual que el conocimiento, requiere elementos que le son necesarios e indispensables para su existencia. La actividad científica para llevarse a cabo requiere, como es obvio suponerlo, al sujeto pensante capaz de realizar actividades intelectivas, pues la ciencia es ante todo una actividad del pensamiento humano. Los filósofos griegos ya habían determinado que la ciencia es un producto de la actividad racional propia del hombre, quien es el único capaz de explicar la realidad en forma clara y precisa, descubrir lo que son en realidad las cosas, entender su coherencia interna, esto es, develar la verdad.

Sin embargo, la actividad científica no puede realizarse sin la existencia de un *objeto* hacia el cual se dirija la inquietud indagatoria.

Esta inquietud no puede ser un acto espontáneo, sino un acto consciente, dirigido y ordenado, es decir, se necesita un *método* para acercarse al objeto.

De la misma manera, es necesario contar con un contexto que permita explicar en forma integral la realidad u objeto, y este papel le corresponde a la *teoría*.¹¹

De esto se puede concluir que los elementos estructurales de la ciencia son: *el objeto, el método y la teoría*.

El objeto

El objeto es el “qué” investiga la ciencia, y se encuentra integrado por la realidad, la cual fue analizada en el primer capítulo.

La realidad, como se vio, se compone tanto por objetos del mundo concreto como del abstracto, es decir, objetos de la *realidad factual y de la realidad formal*, y que por lo mismo pueden ser reales e ideales. Cuando se habla de un objeto

¹¹ Cuando mencionamos “realidad” u “objeto” no significa que sean sinónimos, sino que se busca resaltar que la realidad, o los diferentes aspectos de ella, es el “objeto” que la ciencia estudia. Las diversas manifestaciones de la realidad son las que, a la postre, hacen posible la existencia de las diversas ciencias. Así, unas toman como objeto de investigación realidades de la naturaleza (por ejemplo, la biología); otras, las realidades histórico sociales (la sociología); y una más, las realidades abstractas, como las matemáticas.

ideal no se está haciendo referencia a creaciones o especulaciones abstractas subjetivas o arbitrarias, sino a la consideración de que los objetos de la realidad formal o abstracta deben ser construidos deduciéndolos racionalmente, es decir, como producto o resultado de las generalizaciones y abstracciones de las demás realidades.¹²

Las realidades abstractas, debemos aclarar, no son creaciones arbitrarias del pensamiento; sino, como afirmamos, deducciones o generalizaciones de la abstracción. Pongamos un ejemplo: si nos proponemos realizar una investigación acerca de la “justicia” es evidente que, en este caso, hemos escogido como “objeto de investigación” una realidad abstracta, pero el hecho de que la justicia sea una realidad abstracta no significa una idea completamente arbitraria o sin fundamento, sino que la concepción acerca de la justicia encuentra su fundamento en realidades concretas. Así, decimos que un juez fue justo legalmente cuando decidió apegado a las disposiciones legales. Y de hechos como éstos podemos formular el “concepto de justicia legal” que sin duda es un concepto derivado de una abstracción.

La diversidad de objetos de la realidad da como resultado el gran número de ciencias que existen en la actualidad. En la medida en que el conocimiento científico avanza y toma como objeto de estudio realidades u objetos más específicos, las ciencias se especializan y se multiplican.

La gama de ciencias existentes hoy día causan un nivel tan alto de especialización que cada grupo de expertos se caracteriza por estar dedicado al conocimiento, la explicación y la divulgación de una parte muy pequeña del universo que dominan. Por ello, se puede afirmar que el objeto de la ciencia no es único, sino múltiple.

De acuerdo con lo anterior, la ciencia resulta tan amplia y diversa como distintos son los objetos de conocimiento. De hecho, existe tal multiplicidad de objetos de estudio y tan diversos en complejidad que a cada objeto de estudio le corresponde la estructuración de una ciencia que se dedique a desentrañar su significado, conocer sus leyes, descubrir y construir la teoría que permita entender y explicar las causas y esencias de los fenómenos elegidos como objeto de estudio.

¹² Véase el capítulo 1.

El método

Como segundo elemento de la estructura de la ciencia, indispensable para que ésta se pueda construir, tenemos al método que, en términos generales, representa:

La forma de construir la ciencia o la forma en que el sujeto se aproxima sistemáticamente al objeto y lleva a cabo la investigación o conocimiento científico del mismo.

Del griego *meta* (fin) y *odos* (camino), el método etimológicamente significa camino para llegar a un resultado o camino para llegar a un fin, aun cuando dicho camino no haya sido fijado por anticipado, de manera deliberada y reflexiva. Esto quiere decir que, de cualquier forma, el conocimiento tuvo una manera de realizarse, sobre todo si se habla de conocimiento científico.

Puede decirse que el método es el *planteamiento o pauta general que ha de seguirse en el transcurso específico del proceso concreto de cualquier investigación*.

Sin embargo, no debemos confundir el método con una receta que, en forma infalible y segura, debe conducir a un descubrimiento o conocimiento científico. Si ese fuera el caso, el investigador no necesitaría de su creatividad y la actividad científica se convertiría en algo común para todos los seres humanos y sería poco meritoria la actividad científica.

Aun cuando el método es el objeto de estudio del siguiente capítulo, abundaremos en algunas reflexiones sobre esta cuestión.

Según Eli de Gortari:

El método es el punto de vinculación entre la filosofía y la ciencia... La actividad filosófica consiste en elaborar las teorías de los diversos métodos empleados en la investigación científica, comprendiendo sus fundamentos, sus leyes generales, sus teoremas... En cambio, la actividad científica consiste en dirigir sus indagaciones de acuerdo con los métodos elaborados teóricamente por la filosofía. En todo caso la actividad práctica de la ciencia científica suministra nuevas experiencias que confirman, invalidan, las teorías, por un lado, en tanto que por otro lado las amplían y profundizan.¹³

¹³ Eli de Gortari, *La metodología: una discusión y otros ensayos sobre el método*, Grijalbo, México, 1978, p. 15.

Esto quiere decir que el filósofo se acerca al rigor científico a través del estudio del método, mientras que el científico se aproxima a la especulación filosófica a través del estudio de la metodología.

Concebido de esta manera, el método se elabora teóricamente mediante la abstracción de la práctica científica y se convierte en un planteamiento general del proceso de investigación, que se concreta y especifica en función del objeto analizado y en concordancia con la teoría empleada en dicho análisis.

Es necesario entender la importancia del método en la investigación científica, ya que sin éste la investigación sería imposible. Pero esto no significa que el método asegure un resultado ni que sea un camino predeterminado y estricto a seguir, más bien ese camino o proceder científico se va construyendo al tiempo que se realiza la tarea científica, pues se reformula, retroalimenta y cuestiona de acuerdo a los cuestionamientos y obstáculos encontrados en el camino de la investigación, convirtiendo la labor investigadora en una tarea dinámica.

En el método confluyen y se subsumen procedimientos, procesos y técnicas sin que considerar que éstos sean una misma cosa. Se dice lo anterior porque existen confusiones en relación con el método, pues con frecuencia se ven textos que pretenden hablar sobre los métodos de investigación cuando en realidad están enfocados a las técnicas, los procedimientos o los procesos de investigación, lo que no es lo mismo que el método. (En el siguiente capítulo se estudiará el método y la metodología para poder identificar las diferencias entre los conceptos antes mencionados.)

El método científico fue evolucionando de manera paulatina en la historia de la ciencia. Se inició con los primeros intentos de los filósofos presocráticos por explicar el origen del universo; pasó por la que puede denominarse metodología del matematicismo pitagórico; siguió con el método deductivo de Aristóteles, que predominó prácticamente desde su creación hasta que terminó la Edad Media, por último, en el Renacimiento se revolucionó la ciencia con el método inductivo de Francis Bacon. Puede afirmarse que con el método inductivo se creó la ciencia moderna, la cual desde el Renacimiento se ha desarrollado de manera sorprendente.

La teoría

El tercer elemento que forma parte de la estructura de la ciencia es la teoría, la cual constituye la base del desarrollo de la ciencia, dado que toda investigación siempre se realiza a la luz de una teoría.

La teoría es la espina dorsal de la ciencia, porque interconecta leyes que ofrecen explicaciones parciales o particulares de la realidad. Esto quiere decir que las leyes explican la realidad en forma fragmentaria, mientras que la teoría la explica en forma integral.

La teoría tiene los siguientes significados:

- Etimológicamente proviene del verbo *teorein*, que quiere decir contemplar, examinar, estudiar. Teoría, entonces, significa observación o contemplación. La teoría expresa la forma en que los sentidos contemplan u observan la realidad.
- La teoría es un saber general, es la actividad reflexiva del ser humano que descubre las leyes que dan coherencia interna al objeto.
- La teoría es un sistema relacional de leyes que permiten dar una explicación general de la realidad.

Muchas veces se afirma que el verdadero proceso de investigación culmina cuando se elaboran teorías. La teoría permite formular una explicación integral de la realidad, es una unidad explicativa que supone la interconexión de leyes, pues las integra para dar una explicación global de las cosas.

De momento es suficiente lo dicho acerca de la teoría, ya que en el capítulo quinto se profundizará en su estudio vinculándola con la teoría del derecho.

CLASIFICACIÓN DE LA CIENCIA

Para comprender qué es la clasificación de la ciencia se debe entender qué es una clasificación. El vocablo clasificación proviene de dos palabras latinas: *classis*, cuyo significado es clase o grupo, y *facere* que quiere decir hacer; de esta manera, clasificar significa hacer clases o grupos.

Desde el punto de vista lógico, existen tres operaciones conceptuadoras: la definición, la división y la clasificación. Ellas ayudan a entender, clarificar o agrupar conceptos. Así, la clasificación es la *distribución de objetos en clases, de acuerdo con la semejanza que exista entre ellos*. Dice Daniel Márquez Muro: “Es la distribución de los seres o conceptos de los mismos, en grupos armónicamente subordinados, según los caracteres y mutuas relaciones que entre sí los aproximan”.¹⁴ Esta distribución se

¹⁴ D. Márquez Muro, *Lógica*, Porrúa, México, 1980, p. 97.

lleva a cabo de tal manera que cada clase ocupa un lugar fijo y determinado exactamente con relación a las demás clases o grupos.

Las reglas fundamentales de la clasificación, considerada a la luz de la lógica, son las siguientes:

1. Debe ser completa.
2. Se planteará de tal forma que entre los objetos de una misma clase haya más semejanza que entre los de clases distintas.
3. Debe hacerse de acuerdo a notas o características positivas y no negativas.
4. Debe establecerse el criterio dentro del cual se efectuará la clasificación.

Desde los inicios de la filosofía griega y durante todo el desarrollo científico posterior, ha sido una preocupación constante clasificar las ciencias.

A continuación, con fines meramente ilustrativos, se mencionarán algunas clasificaciones de las ciencias en distintas etapas históricas, las cuales muestran, sin lugar a dudas, el pensamiento y la filosofía que predominaban en ese momento.

Es pertinente aclarar que las clasificaciones de las ciencias que se van a mencionar de ninguna manera pretenden ser ni exhaustivas, ni explicativas, sino sólo dar una vaga idea de cómo las ciencias se han desarrollado y evolucionado. Al mismo tiempo servirán para, de conformidad con la estructura de la ciencia, desarrollar una breve clasificación útil para los fines de este libro.

1. Para el filósofo estagirita, Aristóteles, las ciencias se clasificaban de la siguiente manera:
 - a) *Ciencias especulativas*: la física, las matemáticas y la filosofía.
 - b) *Ciencias prácticas*: la ética, la economía y la política.
2. El pensador árabe Avicena (980-1037) clasifica las ciencias en:
 - a) *Ciencias especulativas*, donde coloca a la ciencia superior o metafísica, la ciencia media o matemática y la ciencia ínfima o física.
 - b) *Ciencias prácticas*, que abarcan a la ética, la política y la retórica.
3. En la Edad Media fue muy difundida la clasificación de la ciencia para efectos pedagógicos del modo siguiente:
 - a) *Trivium*, que contenía la gramática, la retórica y la dialéctica.
 - b) *Cuatrivium*, que abarcaba la aritmética, la geometría, la astronomía y la música.

4. En el siglo XVIII, el físico y matemático André Ampere, en su obra *Ensayo sobre la filosofía de la ciencia*, clasifica las ciencias de la siguiente manera:
- a) *Ciencias cosmológicas*, donde se agrupaba a la física y las matemáticas; así como las ciencias fisiológicas, donde se introducía a las ciencias naturales, la medicina y otras ciencias.
 - b) *Ciencias neológicas*, que abarcaba las filosóficas y las dialegmáticas; así como las ciencias sociales, las cuales estaban divididas en políticas y etnológicas.

Clasificación de la ciencia de acuerdo con los objetos

En congruencia con la estructura de la ciencia (objeto, método y teoría) se propone la siguiente clasificación:

- a) *Ciencias factuales*. En este primer grupo de ciencias se asocian todas aquellas cuyo objeto de estudio son las realidades que se manifiestan fácticamente o que pertenecen a la realidad factual.

A esta clase pertenecen:

- *Las ciencias naturales*: estudian objetos, fenómenos o manifestaciones de la realidad cuyos hechos suceden por la sola acción de las leyes de la naturaleza. Entre esos hechos se encuentran los fenómenos físicos, químicos o biológicos. A estas ciencias pertenecen las denominadas ciencias naturales, como la física, la química, la biología, la astronomía, etcétera.
- *Las ciencias histórico-sociales*: estudian objetos, fenómenos o manifestaciones que suceden por la intervención del hombre. Comprenden el estudio de hechos producidos por el hombre o que afectan la relación humana o explican su desarrollo histórico. A este grupo de ciencias pertenecen la historia, la sociología, la economía, la política y la antropología, por mencionar algunas.

Es conveniente señalar que las ciencias sociales constituyen un campo de estudio mucho más complejo que las ciencias naturales. Esto se debe a que, si bien es cierto que las ciencias sociales estudian fenómenos específicos, éstos se encuentran inmersos y relacionados con todas las demás manifestaciones fácticas de la sociedad, por lo que resulta difícil aislar los hechos sociales para su estudio. Por otra parte, en el estudio de los fenómenos sociales el propio investigador, en

general, llega a formar parte del fenómeno estudiado, complicando aún más su estudio y afectando la objetividad del conocimiento.

Finalmente, algunos pensadores denominan a las ciencias sociales, ciencias del espíritu o ciencias de la cultura. Aquí se prefiere llamarlas ciencias sociales, porque denominarlas ciencias del espíritu puede crear interpretaciones ambiguas, ya que el término es susceptible de un sin fin de connotaciones, y tampoco es posible llamarlas ciencias de la cultura en virtud de que los hechos económicos, políticos, educativos y culturales son, en última instancia, manifestaciones de lo social.

De acuerdo con Fichter, lo cultural es un derivado o producto de lo social, pues como éste dice: “Deberíamos establecer una distinción clara entre cultura y sociedad diciendo que aquella es algo que la sociedad produce y utiliza”.¹⁵

- b) *Ciencias formales.* En este grupo están las ciencias cuyo objeto de estudio es la realidad abstracta o inmaterial, como los conceptos, los axiomas, los principios y todas las demás creaciones intelectuales, que no son caprichosas ni subjetivas, sino producto de procesos racionales del hombre. Estudian también realidades abstractas o inmateriales no inventadas, sino de existencia deducida racionalmente y cuya comprobación es demostrable en forma argumentativa, el ejemplo más representativo de estas ciencias son las matemáticas.

Clasificación de las ciencias de acuerdo con el método

En esta clasificación se agrupan las ciencias según los métodos lógicos de obtención del conocimiento.

Pero, ¿cuáles son esos métodos? Recordemos un poco, dentro de los métodos lógicos de obtención de conocimiento tenemos los siguientes:

- **La inducción:** método lógico que procede de lo particular a lo general, es decir, de la realización y observación de casos particulares se descubren relaciones de validez general. Estas relaciones, una vez validadas para cada caso particular en número suficiente, permiten obtener conclusiones para los demás casos en general sin necesidad de que todos sean validados. Este procedimiento es típico de las

¹⁵ H. J. Fichter, *Sociología*, Heder, Barcelona, 1982, p. 270.

ciencias naturales porque, en términos generales, la naturaleza y las leyes que la rigen actúan en forma invariable, es decir, los fenómenos de la naturaleza ocurren siempre de la misma manera.

- **La deducción:** es el proceso inverso de la inducción, es decir, procede de lo general a lo particular. En ella se parte de un principio de validez general, el cual puede aplicarse a cada uno de los casos particulares. El procedimiento deductivo es válido cuando sus premisas son de tal naturaleza que permiten apoyarnos en ellas como fundamento seguro para una conclusión. En la deducción se trata de entender la relación existente entre las premisas y la conclusión, principalmente para distinguir entre las deducciones que son válidas de las que no lo son.

De acuerdo con los métodos lógicos anteriores las ciencias se clasifican en:

- a) *Inductivas.* Predominan procesos lógicos que van del análisis de los casos particulares para llegar a lo general. Ello no significa que no utilicen la deducción, sino que usan con mayor frecuencia la inducción. En estas ciencias pueden ubicarse las ciencias naturales, esto es, las ciencias experimentales que, con base en repeticiones de experiencias particulares, obtienen conclusiones de aplicación general. Entre estas ciencias están la física, la química, la biología, etcétera.
- b) *Deductivas.* En oposición a las anteriores, en estas ciencias se incluyen aquellas en las que predomina la deducción, es decir, procedimientos que van de lo general a lo particular. Este procedimiento puede ser más usado en las ciencias formales o abstractas, como la lógica y las matemáticas.

Es necesario resaltar que hay autores que mencionan una tercera categoría, las ciencias inductivo-deductivas, tal vez tratando de ubicar en esta clasificación a las ciencias sociales.

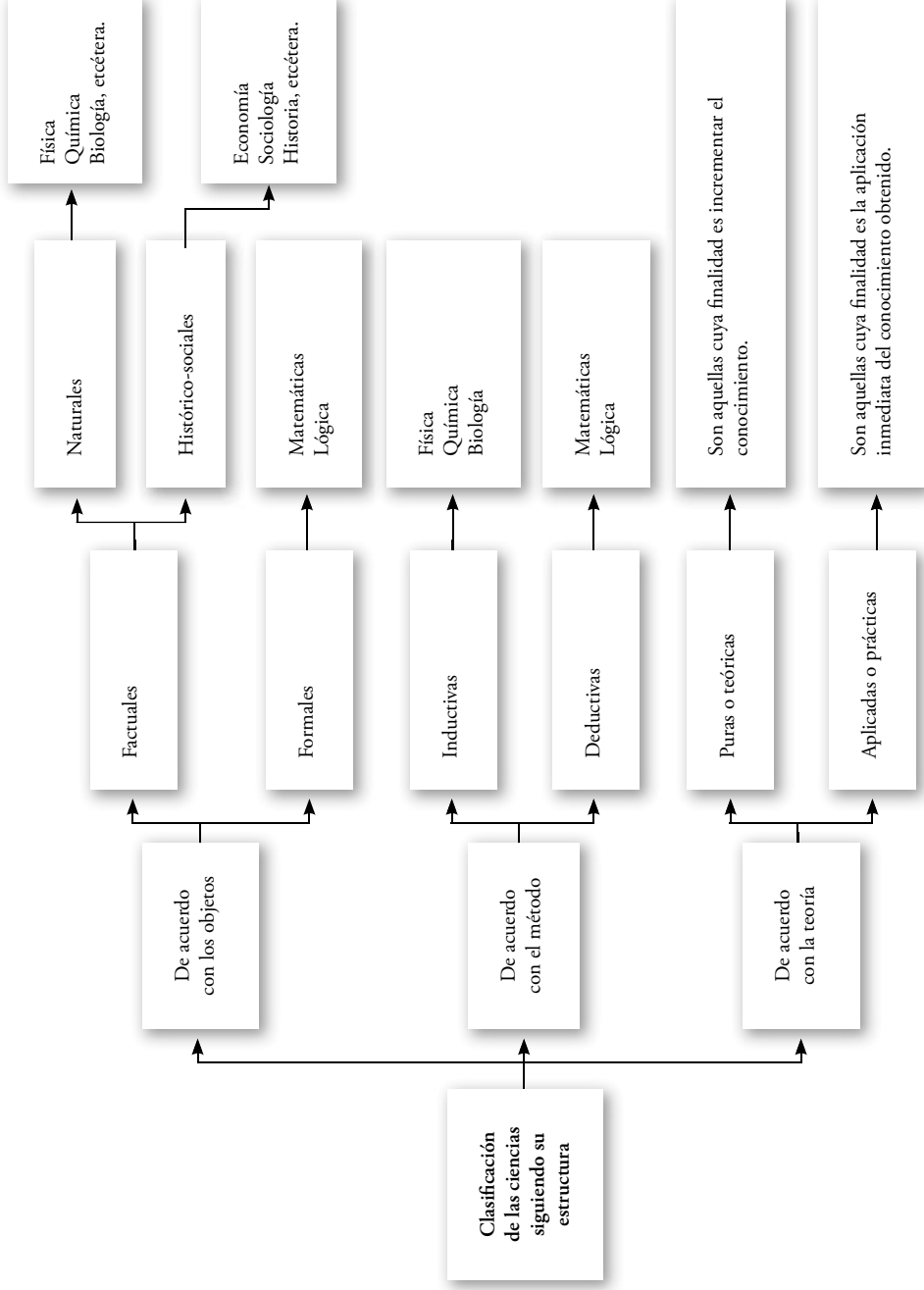
Clasificación de la ciencia de acuerdo con la teoría

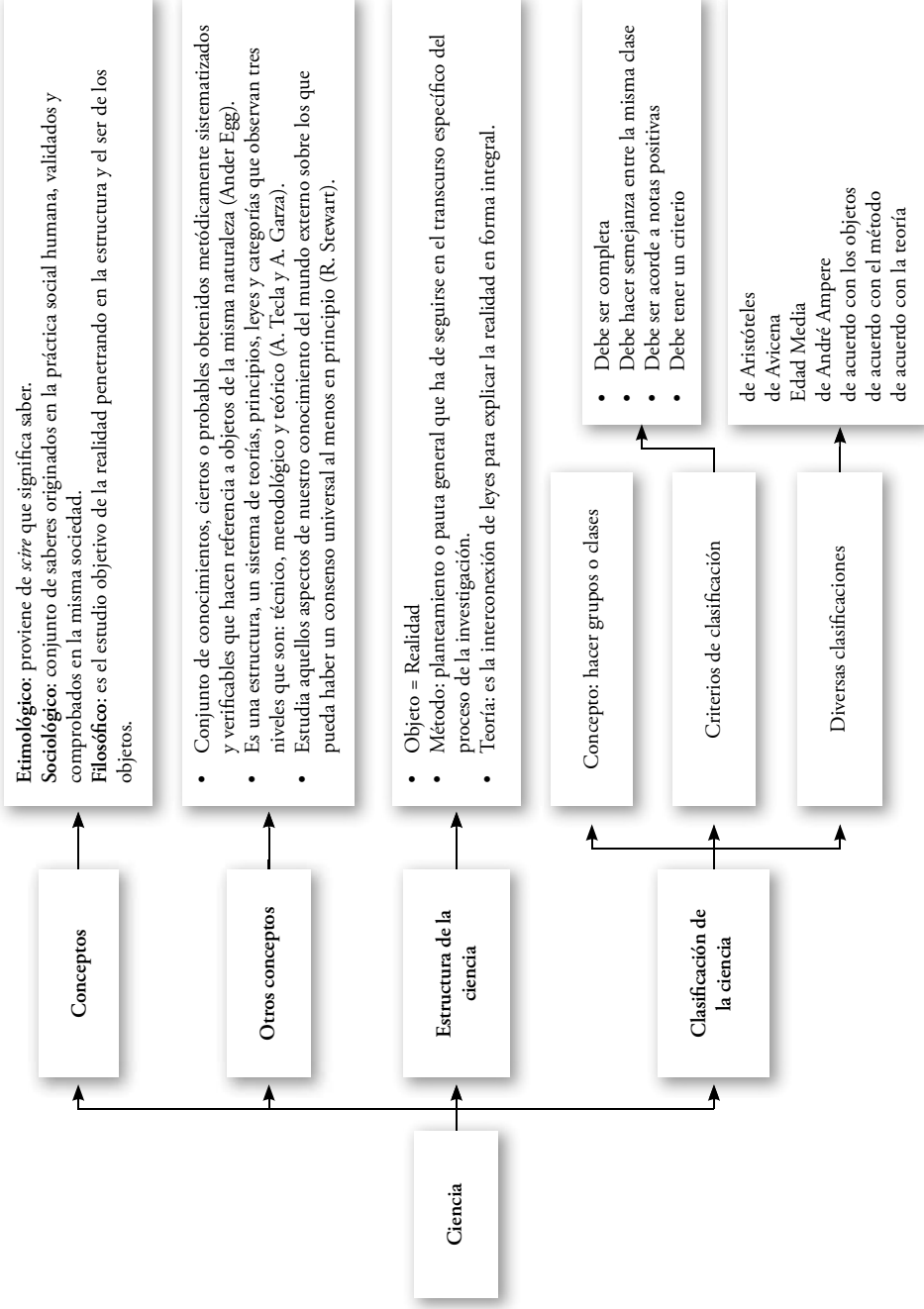
En general, la ciencia es eminentemente teórica, aunque se mencionan ciencias prácticas en cuanto que el conocimiento teórico obtenido busca o pretende dar una aplicación inmediata.

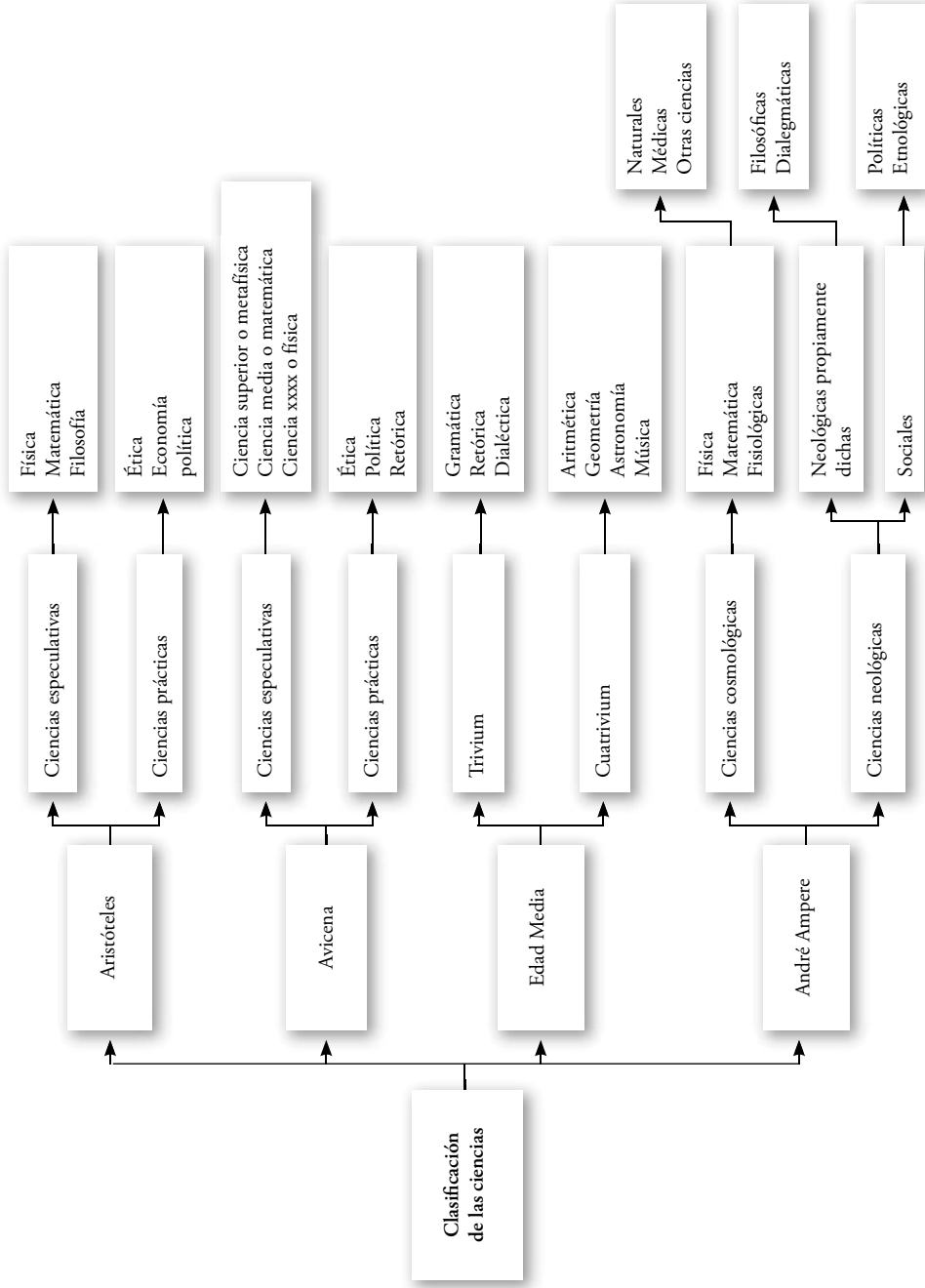
De acuerdo con la teoría, las ciencias pueden clasificarse en:

- a) *Teóricas*. También conocidas como ciencias puras, son aquellas cuyos conocimientos carecen de aplicación inmediata. El nuevo conocimiento sólo se acumula pero no es aplicado. Así se denominan a los descubrimientos o nuevos conocimientos que no son aplicables, al menos no en lo inmediato. En términos generales, toda la ciencia avanza primero en el terreno teórico, por lo que su aplicación práctica es posterior y, a veces, un tanto tardada. Por ello, se puede decir que, en ciertos momentos, todas las ciencias son puras o teóricas.
- b) *Prácticas o aplicadas*. En sentido contrario, en este grupo se encuentran ciencias cuyos descubrimientos o conocimientos obtenidos se aplican de manera inmediata, por esa razón ostentan ese nombre. Cuando las ciencias y los conocimientos adquiridos son menos abstractos y menos generales se aproximan más a la aplicación inmediata y, en consecuencia, se manejan en menores grados de abstracción.

Para concluir estudie los siguientes cuadros sobre la ciencia y la clasificación de las ciencias.







ACTIVIDADES

Conteste el siguiente cuestionario:

1. ¿Qué es la ciencia?
 2. ¿Cuáles son los elementos estructurales de la ciencia?
 3. ¿Cómo puede entenderse la teoría?
 4. ¿Qué es el método?
 5. ¿Qué es la inducción?
 6. Mencione tres ciencias inductivas.
 7. ¿Cuáles son las ciencias factuales?
 8. ¿Qué son las ciencias naturales?
 9. Explique el concepto sociológico de ciencia.
 10. Dé dos ejemplos de ciencias formales.
 11. ¿Qué es la deducción?
 12. ¿Qué son las ciencias deductivas?
 13. ¿Qué es la teoría?
 14. ¿Cuáles son las reglas básicas de la clasificación?
 15. ¿Qué es el objeto de la ciencia?
 16. ¿Qué son las ciencias inductivas?
 17. ¿Qué son las ciencias formales? Mencione dos ejemplos de ellas.
 18. ¿A qué se le denomina ciencias puras o teóricas?
 19. ¿Qué son las ciencias aplicadas?
 20. ¿A qué obedecen las distintas clasificaciones de la ciencia?
-



4. *Método y metodología*

Al finalizar este capítulo, el alumno:

- Comprenderá el método científico.
- Analizará diversos métodos.
- Analizará el planteamiento general del método científico.
- Distinguirá las características del método científico.
- Entenderá la estructura del método científico.
- Comprenderá la metodología.
- Distinguirá entre método y metodología.
- Identificará la relación entre teoría del conocimiento y metodología de la ciencia.
- Entenderá el papel de la metodología en la construcción de teorías científicas.

EL MÉTODO

Este capítulo se refiere al método y la metodología, cuyo tratamiento iniciamos diciendo que el ser humano imprime una manera racional de hacer las cosas. Así, la diferencia entre los animales y el hombre estriba en que éste planea sus actividades, es decir, de algún modo el hombre tiende a ser metódico.

El conocimiento científico, a diferencia del conocimiento empírico, se caracteriza por su proceder riguroso y ordenado, además de otras características estudiadas en el capítulo segundo.

El método, en general, es un medio para efectuar nuestra tarea cognoscitiva, pero cuando analizamos el conocimiento, podemos darnos cuenta de que éste o es empírico o es científico. Si bien el conocimiento empírico tiene una forma lógica y natural de proceder, en el conocimiento científico los planteamientos son más rigurosos y los procesos, procedimientos, técnicas e instrumentos resultan más específicos.

El método (del griego meta y odos) etimológicamente significa camino a seguir para la obtención del conocimiento; es el camino trazado para llegar a un cierto resultado en la actividad científica.

El carácter instrumental del método reside en que sirve de medio para conocer la naturaleza, los fenómenos sociales y los demás objetos sometidos a la actividad cognoscitiva. Por esa razón se considera que es una herramienta indispensable, y su importancia llega a ser de tal trascendencia que puede determinar los resultados a los que se pretende llegar en una investigación.

TIPOLOGÍA DEL MÉTODO

La necesidad de poner a prueba informaciones, opiniones o cualquier otro tipo de aseveración, así como la búsqueda de elementos de juicio que sean seguros, no es otra cosa que la búsqueda de un método que bajo consideraciones lógicas conduzca a la verdad.

Muchas de nuestras creencias, opiniones y puntos de vista se sustentan en la aceptación de afirmaciones, actitudes o en suposiciones que pueden carecer de fundamento o estar mal fundamentadas. En estas condiciones, con frecuencia sucede que creemos en cosas inciertas por falta de elementos de juicio o por aferrarnos a creencias que no se han contrastado. De esta manera, creemos en tal o cual afirmación que circula por ahí, y después nos percatamos de que no era tan cierta.

Muchas de nuestras creencias no resisten la prueba de enfrentarse a algo de lo que no cabe duda qué es. Las opiniones formadas sin sustento carecen de acuerdo, y no se puede actuar o aseverar algo confiándose en ellas, pues no ofrecen seguridad. En tales circunstancias nos vemos obligados a cambiar de opinión en forma constante o bien a buscar sustento de las mismas. Para lograrlo recurrimos a métodos diversos, algunos de los cuales son más exactos que otros.

Para precisar esto, podemos recurrir a Morris Cohen y Ernest Nagel, quienes afirman que existen diferentes tipos de métodos, los cuales se presentan a continuación:¹

- a) **Método de la tenacidad:** está formado con base en la repetición. *Se presenta cuando aceptamos como verdaderas ciertas proposiciones simplemente porque estamos habituados a tomarlas así, por costumbre, porque siempre hemos creído en ellas.* Su cuestionamiento es improcedente, debido a que estamos cerrados a su contradicción por diferentes motivos, pero fundamentalmente porque nos aferramos tenazmente a nuestros hábitos, creencias y formas empíricas de hacer las cosas. Nos oponemos y nos marginamos de opiniones que contradicen las nuestras. Nos aislamos de las opiniones contrarias a las que siempre hemos sostenido. Tal vez por temor a cuestionar nuestras creencias. El método de la tenacidad no asegura las creencias por verse constantemente amenazadas por otras contrarias, volviéndose las propias en un caparazón o trinchera para proteger y dar seguridad a intereses personales y sociales propios que no guardan relación con el verdadero conocimiento. Ni el que discrepa de nuestra opinión es un tonto, ni el que la acepta es un sabio. Se debe dar cabida a opiniones antagónicas. Podemos encontrar en ellas explicaciones más satisfactorias que las nuestras. De hecho, cuando cuestionamos a fondo nuestras opiniones o creencias descubrimos que no son tan ciertas, sino más bien débiles ante otros puntos de vista, y no resisten los cuestionamientos.
- b) **Método de la autoridad:** lo podríamos calificar de dogmático, ya que está muy arraigado y *consiste en sustentar nuestras opiniones, juicios o conocimientos en fuentes respetadas, tradiciones, textos u opiniones de personalidades, cuya opinión se considera definitiva.* Apelamos a la autoridad y este proceder es común en ámbitos políticos, sociales, económicos y, principalmente, jurídicos, donde existe verdadera reverencia y sometimiento a opiniones de quienes se consideran autoridades en

¹ M. Cohen y E. Nagel, *Introducción a la lógica y al método científico I*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1979, pp. 9-12.

la materia y cuyos puntos de vista son incuestionables aun cuando se trate de absurdos. Lo mismo ocurre con cuestiones religiosas o éticas, donde se acude a un texto sagrado, a tradiciones o autoridades cuya opinión en tales cuestiones se considera definitiva e irrefutable para fundamentar lo que decimos. El método de autoridad deriva de la carencia de capacidad o conocimientos para refutar o formular conjeturas a una opinión o creencia, por lo que acudimos, en búsqueda de solución, a los expertos cuyo conocimiento o autoridad se reconoce. También se acude a la autoridad atribuyendo a ella ciertas características de infalibilidad o aceptando dogmas que no se pueden contradecir. El método de autoridad se ha empleado para eliminar opiniones divergentes, eliminar contrarios, marginarlos o expulsarlos de determinados grupos, tal como ocurre en partidos políticos, grupos sociales, religiosos, etc. La finalidad de este método es la búsqueda de la unanimidad y estabilidad de creencias. Cuando se llega a cuestionar un conocimiento su defensa suele sustentarse citando textos, autores o autoridades del ámbito académico e intelectual.

- c) **Método de la intuición:** *consiste en fundamentar el conocimiento en la consideración de verdades evidentes por sí mismas, proposiciones tenidas por verdaderas, o verdades intuitivamente reveladas.* Ante estas verdades supuestas, intuitivas como evidentes por sí mismas, no es factible cuestionar su contenido. Aun cuando sabemos que lo que se tiene como evidente en la actualidad puede ser completamente falso después de un tiempo. Así ha ocurrido con muchas afirmaciones que han resultado falsas pasado un tiempo. Lo que se tiene como evidente es resultado de conocimientos anteriores que no han sido cuestionados o que han estado de moda en una época determinada. El hecho de no atreverse a cuestionar no es garantía de validez o de verdad. Muchos conocimientos son considerados verdaderos debido a que responden momentáneamente a las inquietudes, interrogantes e incluso a intereses y no se encuentran otras formas más convincentes de explicar la realidad. Así ocurrió cuando se aseguraba que la tierra era plana, que las órbitas de los electrones eran circulares, etc., y, sin embargo, no era así.
- d) **Método científico:** difiere esencialmente de los métodos anteriores porque parte de cuestionar los conocimientos establecidos, y una vez que logra responder lo cuestionado son incorporados dentro de un cuerpo de nuevos conocimientos que incrementan al cuerpo original del cual se partió, de donde finalmente vuelven a surgir nuevas dudas. Así se plantean nuevos problemas que pretenden resolverse mediante nuevas hipótesis y éstas, una vez comprobadas,

nos conducen a nuevos conocimientos, y así sucesivamente, en una retroalimentación constante que ayuda al avance de la ciencia. El método científico es el medio idóneo para llevar a cabo la actividad científica, pues garantiza la objetividad del conocimiento y la perfectibilidad del mismo, lo que conlleva al progreso de la ciencia y a entender la temporalidad de las verdades obtenidas, las cuales pueden ser reemplazadas en el momento que surjan alternativas mejores, más convincentes y más acordes con la realidad. El método científico produce orden, coherencia, claridad, precisión y exactitud en las afirmaciones intelectuales, ya que son producto de las relaciones objetivas de la realidad, y no depende de nuestros deseos o voluntad. Asimismo, el método científico se considera razonable porque puede ser sometido a prueba o verificación por cualquiera.

No obstante lo anterior, no puede considerarse que el método sea una receta, pese a que conlleva ciertos pasos para desarrollarse. Si fuera así, la ciencia carecería de mérito; por el contrario, además de rigurosidad, ésta requiere de habilidad, ingenio, capacidad y creatividad.

El método tampoco es una actividad estática, es decir, los pasos que sigue son reflexionados de manera dinámica, pues este camino o ruta que es el método se va construyendo en cada investigación científica. Aunque el investigador se haya trazado un método por seguir antes de comenzar, es muy probable que, durante el proceso de investigación, surjan dificultades, las cuales deberán resolverse sobre la marcha, ya sea buscando vías alternas, replanteando el método mismo, complementando o rectificando lo que se había planeado con antelación. Se puede decir que aun cuando el método, como planteamiento general, sigue las mismas pautas en toda investigación, cada investigación es diferente y única, como diferentes y únicos son los objetos investigados, pues cada uno posee sus peculiaridades y cada investigador se guía por sus propios intereses.

Si bien ya se había mencionado el dinamismo del método en el plano de la propia investigación, también es necesario considerar su mutabilidad en el plano teórico, pues éste se desarrolla de manera permanente y se transforma a partir de las experiencias acumuladas del propio investigador, como todos los demás conocimientos. Sin embargo, se distingue de otros conocimientos en que éste dirige cualquier investigación, mediante el perfeccionamiento de los procesos, la creación de nuevas técnicas e instrumentos de investigación.

Visto de ese modo, el método se convierte en la parte más importante de cualquier investigación.

En conclusión el método científico es:

El camino o pauta que se va a seguir en la investigación mediante procesos, reglas y técnicas establecidas reflexivamente para alcanzar un conocimiento científico de la realidad.

El método, según lo anterior, es un procedimiento planeado que se desarrolla y opera tanto en el nivel teórico como en el práctico, esto es, en el trabajo o actividad que se realiza al momento de hacer una investigación, pues cuestiona y analiza las posibilidades de aplicación.

Así pues, mientras se va desarrollando el método, gracias al cúmulo de experiencias de quienes se dedican a la investigación, éste se convierte en una actividad en la que se acumulan, reflexionan, racionalizan y cuestionan los conocimientos.

El método científico

Es obvio que, de los métodos anteriormente descritos, el científico es el que más interesa en el presente libro. El método científico no es una construcción a la que se deba amoldar la realidad; al contrario, el método científico es una creación que se va realizando en la medida en que avanza la investigación. En todo caso, la realidad investigada determina el método por seguir o que se va a emplear.

El método científico, reiteramos, es de carácter instrumental, porque es una herramienta conceptual, teórica y racional, y porque es el instrumento más elaborado de la lógica científica.

Todos los métodos de los que se habló antes, excepto el científico, son incapaces de admitir errores y son inflexibles, debido a que son producto de actividades poco sistemáticas y carecen de formas para corregir permanentemente los errores en que incurrir.

El método científico, a diferencia de los demás métodos, se reproduce y multiplica, estimulando y desarrollando elementos para cuestionar y garantizar la validez de lo que pretende demostrar. Asimismo, el método científico incorpora constantemente nuevos elementos de juicio, pues está en permanente cuestionamiento, de modo que cuando se resuelven las dudas o los cuestionamientos que surgen en su aplicación los incorpora, perfeccionándose a sí mismo; de ahí deriva que, al igual que la ciencia, su carácter sea progresivo.

Para comprender mejor la construcción del método científico reflexionemos sobre las siguientes afirmaciones:

1. El método *es un camino que se va construyendo, rectificando y completando, mientras se realiza la labor investigadora*. Esto quiere decir que el método no es una ruta estricta que se haya establecido de antemano y a la cual se debe sujetar en forma invariable el investigador, sino que éste, mediante su actividad, habilidad y destreza, modifica, adapta, rectifica, enriquece y reconstruye ese camino que sirve de guía.
2. El método es flexible, se perfecciona constantemente, se racionaliza, se retroalimenta. Durante el desarrollo de la investigación puede ser contrastado, rectificado o reorientado en forma constante.
3. El método es una pauta general que se concreta y especifica en función del objeto investigado y de la teoría básica en la cual se sustenta la investigación. El método posee, además, la función de permitir que el investigador seleccione las técnicas e instrumentos que empleará en el proceso de investigación, así como establecer los criterios y formas de verificación, validación y demostración de cada supuesto establecido u obtenido.
4. Debe subrayarse, de nuevo, que el método científico no es una receta invariable que nos conduzca en forma segura al descubrimiento de una verdad, pues eso equivaldría a concebir la actividad científica como mecánica, y no es así, ya que dicha actividad es eminentemente creativa. La creatividad permite que el método y el proceder científico esté en constante perfeccionamiento y superación.
5. El método no es un conjunto de técnicas ni un conglomerado de procedimientos o procesos, aunque es cierto que el método echa mano de procedimientos, procesos, técnicas e instrumentos para realizar una investigación.

Es importante señalar que el método, como se afirmó en el punto cinco de la enumeración anterior, difiere de los procesos o las técnicas de investigación, aunque muchas veces puede confundírsele con éstos. La confusión es tal que muchos cursos u obras que pretenden hablar sobre la *metodología de la investigación o los métodos de investigación* en realidad son obras en torno a *las técnicas de investigación documental o las técnicas de investigación de campo*, lo cual provoca equívocos en aquel que las lee.

Dado que el método es un conjunto de operaciones o procedimientos planeados, y el instrumento más elaborado de la lógica científica, se desarrolla y opera en un nivel teórico. La técnica, en cambio, opera en el nivel práctico de la investigación,

convirtiéndose en un auxiliar para aplicar el método, independientemente del marco teórico del que se haya partido.

Así pues, el método se encuentra en un grado superior de generalidad, mientras que los procesos, procedimientos y técnicas trabajan en niveles más particulares. Inclusive puede decirse que las técnicas llegan a ser singulares y dependen directamente del objeto concreto de investigación.

En conclusión, podemos afirmar que el método científico es *una forma de acercarse a la realidad, y comprende dentro de sí a los procedimientos que se siguen en la actividad científica, de modo que mediante dichos procedimientos, el científico puede proyectar, planear y organizar su trabajo, así como las actividades para ejecutarlo.*

Sin embargo, debe considerarse también que el método es producto de la actividad cognoscitiva sistemática, porque a través de ésta el método mismo se construye, se perfecciona, se complementa, etc.; por eso, se afirma que el método científico está en constante desarrollo, al igual que la actividad científica.

Podemos decir, finalmente, que el método es:

El conjunto de pautas o procedimientos generales que se siguen en la actividad científica y, entendido de esta manera, conduce a la elaboración de teorías científicas.

Por otra parte, el método, como abstracción de la práctica científica cotidiana, *comprende la planeación y el planteamiento de la investigación, los procedimientos y las fases para llevarla a cabo, así como el desarrollo, las vinculaciones internas y las técnicas.*

Ahora bien, los procesos de abstracción durante la investigación permiten que el método generalice la actividad científica, la cual supone, también, a la actividad en sí misma, permitiendo que el método se vaya particularizando, especificando y concretando, según los objetos particulares que estén bajo investigación.

Planteamiento general del método científico

En este apartado se estudiará el planteamiento general del método científico, que en sus líneas generales es igual, independientemente de la ciencia de que se trate; pero sin menoscabo de que, en las diferentes ciencias, se tomen las características peculiares o las concreciones específicas y particulares de cada una.

El planteamiento general del método científico, en su proceder, presenta las siguientes cinco etapas:

1. *Base o cuerpo de conocimientos*: una investigación, cualquiera que sea el objeto o el tipo de la misma, parte inicialmente de la base o cuerpo de conocimientos, elemental o compleja, general o particular, que posea el investigador. Este cuerpo de conocimientos, formados por los estudios, experiencias, informaciones disponibles y, en general, todo el cúmulo de conocimientos que posee un investigador, puede resultar insuficiente para explicar en forma satisfactoria algún fenómeno, objeto, realidad o aspecto. Cuando esto ocurre, surge un problema, y éste es el inicio de la investigación. La insaciable inquietud humana por conocer hace del pensamiento o de la actividad cognoscitiva una tarea en la que constantemente se quiera responder cuestionamientos y replantear otros de manera inmediata. En esta actividad científica continuamente se responde y se pregunta, y en esta insaciable curiosidad se plantea la búsqueda de nuevas respuestas a nuevos y viejos problemas.
2. *Planteamiento del problema*: surgida la interrogante, a efecto de poder responderla, es necesario formularla en términos de pregunta. Debemos cuestionar ampliamente el problema o interrogante en todas sus derivaciones, implicaciones y componentes, al grado de descomponer la pregunta o cuestionamiento general en preguntas simples. Empero, puede darse el caso de que el problema planteado sea susceptible de descomponerse en un gran número de interrogantes menores, aunque también puede suceder que la interrogante quede inmersa en interrogantes de mayor extensión.

El planteamiento del problema también implica que se le ubique dentro de un área del saber o campo del conocimiento específico, aunque también puede ser dentro de un campo interdisciplinario o multidisciplinario de la ciencia.

3. *Formulación de la hipótesis*: planteado el problema es necesario crear la hipótesis o las hipótesis posibles para su solución. La hipótesis es una respuesta tentativa al problema planteado, y no debe ser arbitraria, sino tener, en principio, un fundamento lógico. Las hipótesis o respuestas tentativas deben cuestionarse lo suficiente hasta que queden como respuestas posibles, plausibles y serias al problema planteado.

Las hipótesis también deben ser tan amplias como para involucrar todas las interrogantes a las que se pretendía dar respuesta. Durante el desarrollo de la

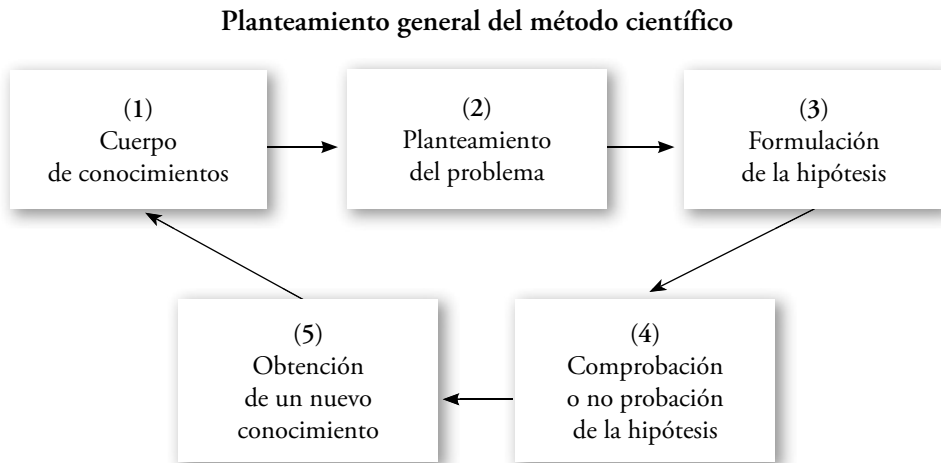
investigación, las hipótesis formuladas adquieren más fundamentos; aunque puede ser el caso de que se desechen al encontrar una respuesta más apropiada.

4. *Comprobación de hipótesis*: a las hipótesis planteadas hay que buscarles respuestas auténticas, no supuestas. Por tal motivo, las hipótesis deben ser contrastadas exhaustivamente hasta encontrar una respuesta mediante la investigación. La investigación culmina con la comprobación o no comprobación de tales hipótesis. En este último caso (es decir, cuando no se logra comprobar una hipótesis), es necesario hacer nuevas formulaciones o volver a plantear nuevas hipótesis. La investigación es precisamente la búsqueda de respuesta al problema planteado y siendo las hipótesis las respuestas tentativas al mismo, la investigación se convierte en la tarea constante de proponer, cuestionar y comprobar hipótesis.
5. *Obtención de nuevos conocimientos*: toda investigación se plantea y se realiza con la finalidad de responder a las interrogantes que le dieron origen, es decir, la respuesta obtenida al problema planteado permite que se obtengan nuevos conocimientos. Por lo anterior, se afirma que ya sea que se compruebe o no las hipótesis, nos conducen a la obtención de nuevos conocimientos, los cuales incrementan la base o cuerpo de conocimientos con los que ya se cuenta. Empero, esta nueva base de conocimientos incrementada sirve como punto de partida para que surjan nuevos problemas, nuevas investigaciones y nuevos conocimientos. Obviamente estos problemas serán más avanzados y evolucionados. Cuando logran responderse estos problemas de nueva cuenta, se incrementa el cuerpo de conocimientos disponible, y así sucesivamente. El desarrollo de la ciencia, como podrá deducirse, se incrementa y sobre esa base se realizan nuevas investigaciones. Así es como la ciencia evoluciona y este crecimiento es una espiral sin fin.

El planteamiento general del método científico refleja cómo es el desarrollo de la ciencia, es decir, es algo dinámico y sobre todo permanente. Un escenario donde el cambio es la constante, donde un conocimiento sucede a otro de mayor envergadura en una reacción en cadena que parece interminable: un incesante cuestionar, buscar respuesta y contestar; un evolucionar tan rápido y tan incesante como la vida misma. Por ello, en los primeros capítulos afirmamos que la historia del conocimiento humano es la historia misma del hombre.

En el planteamiento general del método científico se observa el dinamismo del desarrollo científico, su incesante progreso y también su incesante volver a empezar. Siempre nuevas preguntas pero en un nivel siempre superior.

Podemos resumir lo anterior en el siguiente esquema:



Características del método científico

El método científico, dado su carácter instrumental, contiene rasgos que lo identifican y distinguen de otros elementos de la ciencia con los cuales podría confundirse. Las características más importantes de dicho método son tres: la conceptualización, la inferencia y la verificación (o demostración).

1. La conceptualización

La conceptualización es la producción lógica más compleja y es indispensable en el proceder científico como herramienta. Cada ciencia construye sus propios conceptos, elabora un lenguaje, donde los conceptos tienen un significado preciso y único en dependencia con la ciencia que se estudia. Piénsese, por ejemplo, en el concepto de “personalidad”; si se consulta la definición en un diccionario general, uno psicológico y otro jurídico, y se comparan las definiciones se observará que, aun cuando se trate de la misma palabra, tiene diversos significados.

Podemos afirmar que precisamente en la formulación y creación de conceptos se descubre y se comprueba la capacidad racional humana. Gracias a la creación de conceptos se hace posible la creación y el desarrollo de la ciencia.

La actividad lógica del pensamiento es la que construye el marco conceptual de toda ciencia. Si carece de este marco, la ciencia resultaría una tarea imposible. Ésa es la razón de que Aristóteles haya denominado a la lógica “*organon*”, que quiere decir instrumento. Precisamente el instrumental que produce la lógica es una herramienta conceptual.

La creación más elaborada de la lógica científica, ya se ha dicho, es el método científico. En la actividad científica, cuando se está realizando una investigación, el método sirve para establecer, clarificar, definir, redefinir y construir sus conceptos. En el método científico la tarea de construir el edificio conceptual de la ciencia se convierte en uno de los distintivos más importantes; asimismo, la rigurosidad y exactitud conceptuales en el quehacer científico son una exigencia.

Sin la elaboración de marcos teórico-conceptuales se generaría que la investigación fuera más ardua. La construcción de conceptos es producto de la propia actividad intelectual, y éstos se construyen a partir de lo abstraído con base en el análisis de la realidad. Este análisis manifiesta, a su vez, la forma en que se obtuvo ese conocimiento. Los conceptos se elaboran al indagar sobre el objeto o fenómeno en estudio con fundamento en la teoría, y sobre esa misma teoría se va construyendo el método para efectuar la investigación científica.

Es preciso señalar que la relación teoría-método es la plataforma para construir los conceptos. Tanto teoría como método forman una unidad donde la separación o independencia no puede establecerse de forma clara, pues las relaciones que se dan entre ellas son complejas, íntimas, dinámicas y constantes. Teoría y método siempre interactúan, por ello, es posible afirmar que su separación sólo es conceptual, pues en la práctica científica interactúan y se interrelacionan. En conclusión, el vínculo íntimo que hay entre la teoría y el método produce los conceptos necesarios para la ciencia, pues sin estos conceptos la ciencia no puede darse.

La ciencia, en algunos casos, define el sentido y el significado que se le da a un concepto en el contexto específico de cierta actividad científica. Tal es el caso del derecho, en el que algunas veces la *ley* establece qué se debe entender por un concepto determinado. Encontrará en las leyes muchas definiciones, o dicho de otra manera, muchas leyes son definitorias de conceptos legales.

En algunas ciencias, incluyendo el derecho, existen diccionarios que se emplean para explicar el significado de términos o conceptos. Puede, para cerciorarse de lo anterior, consultar diferentes conceptos en un diccionario jurídico, sociológico, pedagógico, filosófico, etc. Ahí encontrará una serie de conceptos que, en cada una de las ciencias mencionadas antes, tienen su propio significado.

2. Inferencia

Otra característica importante del método científico es el uso de la inferencia, la cual es muy importante en el quehacer científico pues permite:

La obtención de nuevos conocimientos a partir de derivaciones de otros conocimientos o a partir de supuestos, principios, axiomas o conceptos generales conocidos para obtener otros que se desconocen.

En general, se entiende por inferencia *el conjunto de procesos discursivos*. Según el *Diccionario Filosófico* de Ferrater Mora existen dos tipos de inferencia, la inmediata y la mediata:

- La *inferencia inmediata*, que consiste en la conclusión de una proposición de otra sin intervención de una tercera.
- A través de la *inferencia mediata* se concluye una proposición de otra por medio de una o más proposiciones.

Por ejemplo, de las condiciones climatológicas de X día se infiere que lloverá. Del hecho de que el tránsito de la ciudad tenga X condiciones se infiere que no llegará a un examen. De X problemas que tuve para estudiar se infiere que voy a reprobar.

Evidentemente no todo lo conocemos en forma directa; de hecho, la mayoría de los conocimientos son obtenidos de otros por inferencia lógica. También a través de la inferencia rechazamos aseveraciones por considerarlas falsas.

Lo anterior es válido siempre y cuando las inferencias sean producto de un proceso sistemático y riguroso. Sólo si la inferencia es sistemática tiene relevancia como característica del método científico y, en consecuencia, útil para la ciencia.

Como es de suponer, las inferencias pueden ser correctas e incorrectas, ya sea que sigan o no las reglas de la lógica. El estudio de la inferencia se realiza principalmente en la lógica deductiva o lógica tradicional. Por tal motivo para referencias más amplias acerca de la inferencia, sus tipos y reglas, es necesario recurrir a textos de lógica.

La inferencia tiene leyes lógicas rigurosas, y sólo de esta manera puede ser considerada como característica del método científico.

Precisamente, en el método científico se refleja la capacidad del investigador, quien a partir de su bagaje teórico-conceptual deduce, induce, compara, esto es,

infiere cosas. A las inferencias se les conoce como procesos discursivos simples y complejos, dentro de los cuales se encuentran la inducción, la deducción y la analogía.

3. Verificación o demostración

Toda investigación o problema que se analiza científicamente se realiza con la intención de llegar a resultados ciertos, es decir, comprobarse. Quien investiga parte de determinados supuestos y llega a ciertos resultados que requiere comprobar lógicamente. Dicha comprobación consiste en comparar lo que se establece teóricamente y lo que sucede en la realidad.

La coincidencia o discrepancia entre el conocimiento obtenido y la realidad externa es lo que ayuda a que alguien afirme o refute la verdad de dicho conocimiento.

La forma de comprobación se construye en relación con el objeto investigado. Existen formas de comprobación o verificación acordes a los distintos objetos o realidades. Así tenemos que, por ejemplo, cuando se trata de objetos de la realidad natural, la forma de verificación será experimental mediante instrumentos, técnicas y procedimientos acordes con esas realidades. Si queremos verificar o demostrar los componentes de una sustancia, se busca un procedimiento experimental que permita descubrir su composición química.

Por otra parte, cuando estamos frente a realidades formales o abstractas, no se puede emplear la anterior forma de verificación o demostración. En este caso sólo se puede verificar algo abstracto mediante los procedimientos conceptuales y argumentativos correspondientes, que son más racionales que prácticos.

En las realidades formales o abstractas no es posible aplicar técnicas, instrumentos o procedimientos experimentales. La razón es que los objetos de la realidad formal no pueden ser sometidos a ese tipo de verificaciones, más bien son sujetos a pruebas demostrativas y argumentativas haciendo uso de la abstracción. Sólo hay que pensar en que resulta imposible demostrar el concepto de *justo* en forma experimental.

Es importante señalar que la verificación o demostración es una característica sumamente importante del método científico. Sin ella, no podrían comprobarse los resultados de una investigación y la ciencia misma carecería de validez. El conocimiento científico no existiría, y sería, en el mejor de los casos, una opinión equivalente a las del conocimiento cotidiano, vulgar, o no científico.

Estructura del método científico

Existe un paralelismo entre la ciencia y el método científico, pues éste es finalmente la ciencia misma en acción, es decir, la realización de la actividad científica misma. Así pues de igual manera como la ciencia tiene elementos estructurales indispensables, también el método posee una estructura sin la cual no puede existir.

Los elementos estructurales del método científico, como ya se había mencionado en un apartado anterior, son los siguientes: objeto, teoría y proceso.

• Objeto

Uno de los elementos estructurales del método científico, al igual que en la ciencia, es el objeto. Si el método científico es la pauta a seguir durante la investigación, es decir, la forma en que ésta se lleva a cabo, resulta evidente que el investigador se acerca al objeto o realidad que va a ser investigada o aspecto que se toma como objeto de indagación a través de la investigación.

De esta manera resulta que un elemento fundamental dentro de la estructura del método científico es el *objeto*, el cual se encuentra constituido por la realidad en sus distintas manifestaciones² o en formas que, como se estudió en el primer capítulo, son variadas y que van a influir en la concreción del método, en la elección de las técnicas y en el diseño específico del proceso de investigación.

Es fácil advertir que para investigar un objeto de la realidad natural se debe diseñar un proceso y unas técnicas diferentes a las que se emplean para investigar un objeto de la realidad histórico-social o un objeto de la realidad formal o abstracta.

Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de un proceso de investigación y la determinación de las técnicas por seguir en la investigación de un objeto del área biológica, química o ecológica. Hagamos la comparación con el diseño de una investigación sociológica, como el desarrollo o modificación del comportamiento de una comunidad al introducir servicios de sanidad o el caso de diseñar un proceso y elegir las técnicas a seguir en una investigación cuyo objeto es perteneciente a la realidad formal o abstracta, como realizar una investigación sobre las concepciones de la *justicia* a la luz del liberalismo y su impacto en la legislación de un país determinado.

De los ejemplos anteriores podemos concluir, aunque no seamos investigadores expertos, que el desarrollo de los procesos de investigación, así como la determinación

² Cf. Mario Bunge, *La investigación científica*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 955.

de las técnicas que se emplearán en cada caso serán diferentes, pues son objetos pertenecientes a distintos tipos de realidad.

Se puede afirmar que si el método es cómo realizar una investigación, supone por necesidad la existencia de un objeto u objetos que deban ser investigados. Dichos objetos, como se sabe, son las distintas variantes y formas de existencia de la realidad o las maneras de manifestación de ésta. Investigar algo que no existe en la realidad no es ciencia, es fantasía, mito o cualquier otro calificativo, menos conocimiento científico.

• Teoría

La investigación científica no es una recopilación de datos, hipótesis, hechos sueltos que estén aislados y sin conexión. Si ése fuera el caso, no servirían, no permitirían alcanzar una visión explicativa global del fenómeno o realidad investigada.

Para obtener una explicación de conjunto, verdaderamente científica, es necesario realizar una síntesis en la que se desarrolle un sistema que permita organizar hechos, datos, hipótesis, leyes, conceptos, principios, postulados, etc., con rigurosidad lógica y precisión conceptual. Ello permitirá comprender la forma en que estos elementos rigen, ordenan y organizan un objeto o área de la realidad. Esta tarea organizativa, que permite conectar hechos, datos, proposiciones, hipótesis, leyes y principios para lograr entender el fenómeno o realidad en forma integral, le corresponde a la teoría.

La teoría se puede entender como:

Un sistema relacional de leyes que permiten una visión totalizadora del objeto o realidad. El conocimiento científico se convierte en un sistema de proposiciones, formulaciones, hipótesis y leyes vinculadas lógicamente, las cuales permiten explicar una realidad en forma integral.

En capítulos siguientes se profundiza más en la teoría; de hecho, esta obra versa sobre la teoría del derecho, pero de momento sólo se expondrán las generalidades como parte de la estructura del método científico.

La teoría, en síntesis, representa un conocimiento totalizador o global, y como afirmamos anteriormente éste se puede entender como un sistema de leyes relacionadas, cuyo resultado es la explicación integradora de un fenómeno.

Asimismo la teoría representa el conocimiento sistematizado que se tiene sobre la realidad, lo que significa que habrá tantas teorías sobre la realidad como posturas epistemológicas o metodológicas existan sobre ella.

En el capítulo referente a la teoría del derecho se hacen algunas reflexiones más amplias sobre la teoría y su papel en la ciencia del derecho.

• Proceso

Otro elemento constitutivo del método es el proceso, se puede afirmar que el proceso es al método, lo que éste es a la ciencia. Si el método en calidad de elemento estructural de la ciencia es el “cómo” hacer la investigación, el proceso en calidad de elemento estructural del método es el “cómo” se llevará a cabo una investigación específica. Esto explica la afirmación de que “el proceso es al método lo que éste es a la ciencia”.

La función del proceso es efectuar el desarrollo concreto y puntual de cómo se realizará una investigación.

El proceso puede entenderse como:

La forma en que el método científico se especifica y pasa de lo abstracto a lo concreto, de lo especulativo a lo práctico, del modelo ideal a la realidad concreta, de lo más general a lo particular en cualquier investigación.

El proceso es el desarrollo de un plan específico o planteamiento de la actividad científica concreta. En éste se conjugan procedimientos documentales, de campo y otras técnicas específicas para la recolección, selección, discriminación, análisis y organización de los datos.

En el proceso se pueden distinguir los siguientes momentos o fases:

1. *Momento lógico*: se caracteriza porque el investigador centra su actividad en la organización, sistematización y ordenación de sus inquietudes, dudas y planteamientos. Se le ha denominado momento lógico porque en él predominan operaciones mentales, diseños conceptuales, formulación de marcos teóricos, así como planteamientos de posibles rutas específicas que se seguirán durante el desarrollo de una investigación.
2. *Momento metodológico*: el investigador define estrategias, construye modelos y fija formas de acercarse al objeto de investigación. De igual modo, especifica y concreta el método a seguir, buscando los indicadores adecuados que le permitan obtener referencias claras y objetivas del objeto investigado.

3. *Momento técnico*: se definen y establecen los procedimientos, técnicas e instrumentos para la recolección, clasificación, selección, organización y análisis de datos o la información necesaria para llevar a cabo la investigación.

Este breve panorama da una idea de la estructura del método científico y cómo comparte con la ciencia al menos dos elementos: el objeto y la teoría.

METODOLOGÍA

El estudio del método científico hecho anteriormente es suficiente para tener una comprensión adecuada de qué es el método y de su importante papel en la actividad científica. Ahora queda por reflexionar qué es la metodología.

Nociones sobre metodología

El estudio de la metodología implica, en primera instancia, realizar algunas aclaraciones. La principal es que algunos autores la identifican con el método y emplean ambos conceptos en forma indistinta; pero es preciso decir que son diferentes: el método es el objeto de estudio de la metodología; en cambio, ésta es la reflexión acerca del método.

El método muestra, como se observó, un carácter instrumental, y es la pauta a seguir en el proceso de investigación. Así pues:

La metodología es la disciplina que estudia, analiza, justifica el método que, como afirmamos, se concretiza de distintas maneras según la realidad y los diferentes tipos de ciencias.

La estructura del método se obtiene mediante la abstracción de las actividades de los investigadores, independientemente de los resultados obtenidos. De tal manera que en esa abstracción sólo se rescatan los procesos, técnicas y demás operaciones de adquisición del conocimiento.

Del análisis de la actividad científica se rescatan los lineamientos generales seguidos y, de éstos, se construyen los métodos de cada una de las ciencias o disciplinas particulares que en el transcurso de su ejercicio y desarrollo se van enriqueciendo y perfeccionando, tal como ocurre con la actividad científica.

El planteamiento general del método científico y los métodos particulares de las distintas ciencias, una vez desarrollados, son sometidos a reflexión o discusión para cuestionar su eficacia; surgiendo así *la metodología como un estudio o reflexión sobre el método*.

Dadas las distintas concreciones del método, según las diversas ciencias, surge la metodología de la ciencia o el estudio de la metodología de las distintas ciencias; tal es el caso de la metodología del derecho.

En efecto, según esto, el método se convierte en objeto de estudio de la metodología, que produce, a partir de la reflexión, la dinámica de desarrollo del propio método, así como su modificación, transformación, justificación y perfeccionamiento.

La metodología es una reflexión teórica y filosófica acerca del método. Eli de Gortari afirma que el científico se acerca a la especulación filosófica y el filósofo se aproxima al rigor científico mediante la reflexión metodológica.

En el dominio de la metodología la actividad filosófica consiste en elaborar las teorías de los diversos métodos empleados en la investigación científica, comprendiendo su fundamentación, sus leyes generales, sus teoremas específicos, sus empiremas característicos, sus operaciones y sus reglas de cálculo. En cambio, la actividad científica consiste en dirigir sus indagaciones, de acuerdo con los métodos elaborados teóricamente por la filosofía...

Lo que es tal vez más interesante de la metodología es que se trata de un terreno en el cual incursionan por igual tanto el científico como el filósofo. Con la peculiaridad de que las reflexiones metodológicas del científico, tienden señaladamente a convertirse en filosóficas; mientras que las reflexiones metodológicas del filósofo muestran una clara propensión hacia el rigor científico. En este sentido, el investigador científico ensancha las fronteras de reflexión y abandona hasta cierto punto su carácter analítico. En cambio el investigador filosófico restringe sus reflexiones y atenúa el carácter sintético... La reflexión científica amplía su dominio y se torna más libre, mientras que la reflexión filosófica gana en rigor y eficacia. En fin, lo que sucede es que, en el campo de la metodología la reflexión requiere cumplir las exigencias de precisión y estrictez de la ciencia y, simultáneamente, tener la generalidad y la sutileza de la filosofía.³

La metodología es la reflexión acerca del método, es la especulación de qué es el método. La metodología construye las distintas visiones acerca del método; por ello,

³ Eli de Gortari, *La metodología: una discusión y otros ensayos sobre el método*, Grijalbo, México, 1980, pp. 45-46.

existen distintas perspectivas o síntesis metodológicas acordes a las distintas ideologías y diversas posturas filosóficas.

La metodología como teoría o reflexión del método expresa una forma de entender la realidad y en esta forma queda de manifiesto la ideología o postura filosófica que se esté manejando. Ésa es la razón de que existan diversas perspectivas metodológicas que respondan a las distintas concepciones de la realidad, de la ciencia y del propio método.

En cada cosmovisión metodológica se postulan propuestas o formas de entender científicamente a la realidad y al mundo, las cuales pretenden ser adecuadas para explicar tanto las realidades factuales como las formales.

Las funciones de la metodología son:

- Estudiar o hacer la reflexión teórica y filosófica acerca del método.
- Producir la dinámica de desarrollo del método, su modificación, transformación, justificación y perfeccionamiento.
- Construir, como análisis de la actividad científica, los métodos de cada una de las ciencias o disciplinas particulares; con ello, se produce la metodología de las distintas ciencias.
- Responder a las distintas concepciones o formas de entender la realidad, la ciencia y el propio método, dado que existen diversas posturas metodológicas.
- Vincular el quehacer científico y la especulación filosófica.

Así bien, podemos decir que el método y la metodología son diferentes, y de hecho el método es el objeto de estudio de la metodología.

La metodología y su tarea de construir teorías científicas

A la metodología, como teoría o filosofía del método, le corresponde la tarea de construir las teorías científicas, debido a que ésta es la encargada de reflexionar, de manera crítica, sobre la construcción, el desarrollo y la validez de los métodos empleados en la ciencia en sus aspectos más generales y universales. Ésta guarda relación con la filosofía y, en forma especial, con la lógica y la teoría del conocimiento.

La tarea esencial de la metodología en la construcción de las teorías científicas se manifiesta de la siguiente forma:

- Pretende ser, como teoría de la ciencia, una explicación totalizadora de la realidad, lo que la convierte en elemento esencial de la ciencia. Por lo general, los

hechos son aislados, al igual que las observaciones, las hipótesis y sistemas de proposiciones. Su relación y conexión lógica constituyen una teoría y devienen en la construcción de la ciencia misma.

- Las implicaciones lógicas de la metodología se vinculan directamente con el método, el cual, como afirmamos en apartados anteriores, es la creación más avanzada de la lógica científica. Así pues, a la metodología le corresponde la construcción, la justificación y la búsqueda de validez del método; contribuyendo y asegurando, de esta manera, el proceder científico y, en consecuencia, dando certeza a la ciencia.
- Las implicaciones epistemológicas de la metodología contribuyen de manera significativa en la explicación de los fundamentos filosóficos, la estructura formal de la ciencia y su cuerpo conceptual. De igual modo, aborda el cuestionamiento gnoseológico acerca de la posibilidad y alcance del conocimiento, su modo de producción y las diferentes formas de validación y grados del saber, entre los que destaca el científico.⁴
- Tiene implicaciones con la ontología, pues la concreción del método o la forma de acercarnos al objeto será acorde a la realidad u objeto de investigación; pero a su vez determinará la forma de entender dicha realidad.

De lo anterior se desprende que la metodología tiene un carácter interdisciplinario. Se convierte en una teoría acerca del método, pues le corresponde el estudio, la formulación de las reglas operativas del método, la búsqueda de fundamentos teóricos de los métodos, así como sus posibilidades cognoscitivas.

La metodología, como teoría del método, tiene una forma específica de entender la realidad o de comprender el mundo, lo cual lleva a una cosmovisión o ideología, y ésa es la razón de que la metodología no sea ni absoluta ni única, sino que existen diversas posturas o expresiones metodológicas que corresponden o están acorde con las distintas concepciones de las ciencias, del método y de las teorías que construyen los distintos sujetos inmersos en la actividad científica.

En consecuencia, las posturas metodológicas son diversas propuestas que pretenden explicar su visión del mundo, su forma de entenderlo, con pretensión de validez científica y universal.

⁴ En el capítulo 2 se mencionó que gnoseología, teoría del conocimiento y epistemología podrían considerarse similares.

La metodología, entendida de esta manera, aporta el fundamento para la construcción y elaboración de las teorías de las diversas ciencias. Como cada ciencia tiene un objeto particular de estudio, elige también su método específico y para su estudio se crea y produce su propia metodología. Así, cada ciencia tiene su propia metodología para construir su propia teoría; surgiendo lo que se denomina “metodología de las ciencias”.

TEORÍA DEL CONOCIMIENTO Y METODOLOGÍA DE LA CIENCIA

Anteriormente se observó que existe una relación estrecha entre la metodología de la ciencia, la lógica, la epistemología, la teoría del conocimiento y la ontología. Sin embargo, la vinculación más cercana se presenta entre la metodología de la ciencia y la teoría del conocimiento.

Pero, ¿cómo es esto? En el capítulo segundo se estudiaron los problemas fundamentales de la teoría del conocimiento y uno de ellos, en especial, versaba sobre *la posibilidad y la forma o modo de conocer*.

En este capítulo se estudió el método y la metodología. *El método*, como ya se mencionó, *es la forma de conocer los objetos o la manera de aproximarse a la realidad para captar del objeto sus características esenciales*. La metodología, por su parte, es el estudio o teoría del método, y le corresponde abstraerlo de la actividad científica, hacer su cuestionamiento, su modificación, transformación, justificación y perfeccionamiento.

Por tanto, se puede concluir que la metodología de la ciencia deriva de la teoría del conocimiento.

El estudio metodológico de la ciencia es, de alguna manera, la respuesta al problema de cómo conocemos, problema que de continuo se ha planteado en la teoría del conocimiento.

La metodología de la ciencia y la teoría del conocimiento están en estrecha vinculación. Se puede afirmar que, de cierta manera, la metodología de la ciencia es la teoría del conocimiento de la actualidad. De hecho hay quienes dicen que la metodología de la ciencia es *el problema epistemológico* del presente.

En la última mitad del pasado siglo xx han incursionado en el problema metodológico y epistemológico expertos no sólo del campo de la filosofía, sino sobre todo de los más diversos campos de la ciencia. Podemos mencionar, entre muchísimos otros, a Gastón Bachelard, Karl Popper, Thomas S. Khun, Imre Lakatos, John Watkins y Paul K. Feyerabend, provenientes en su mayoría del campo de las matemáticas y de la física. Algunos de ellos se han enfrascado en verdaderas discusiones metodológicas.

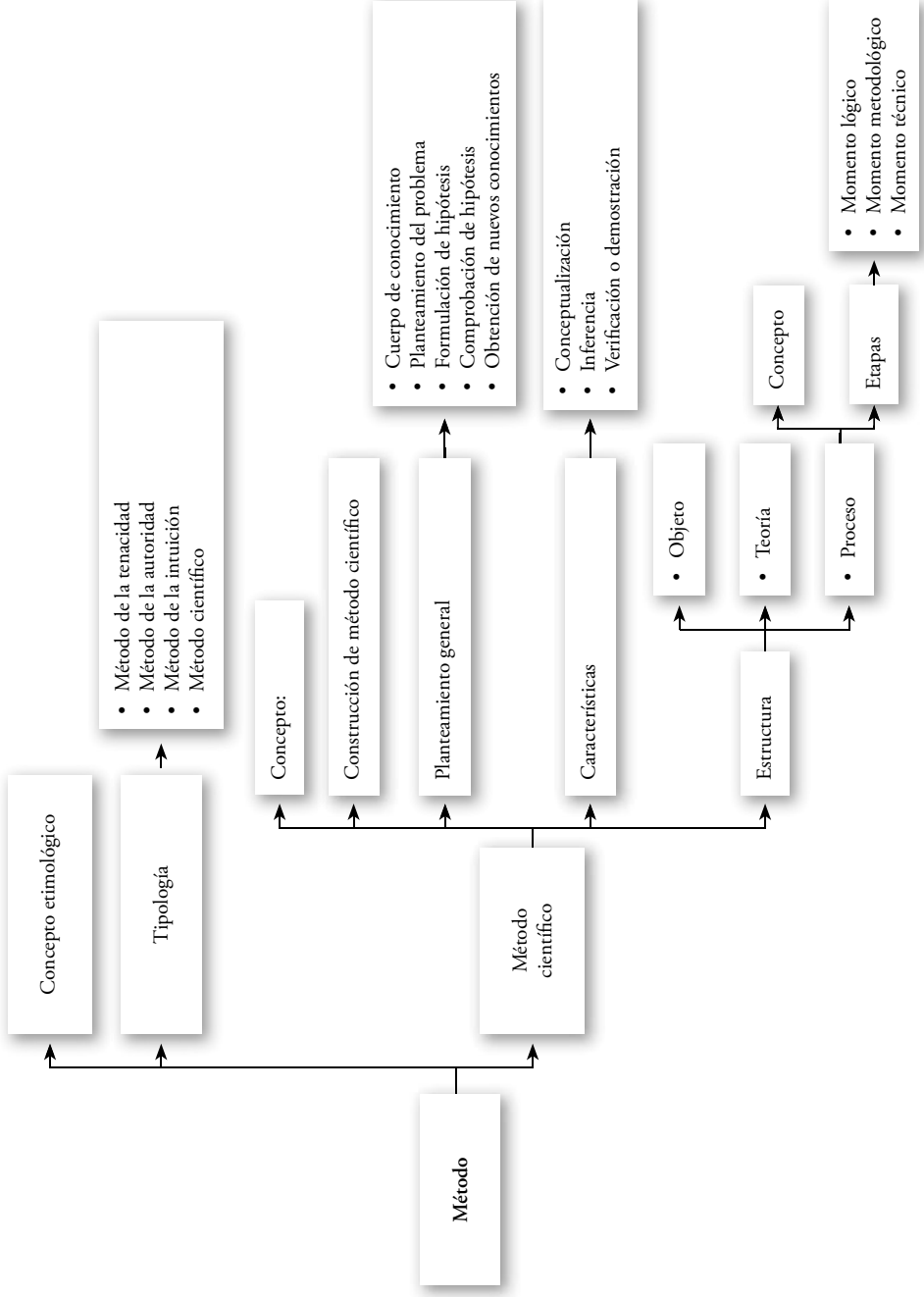
Lo anterior demuestra dos asuntos:

- Que la distancia y diferencia entre la teoría del conocimiento y la metodología de la ciencia desaparece o, por lo menos, se diluye tanto que casi se identifican.
- Que la ciencia reclama a los expertos en epistemología, provenientes del campo de la filosofía, dejar las añejas discusiones y desarrollar una metodología de la ciencia, la cual necesita con urgencia la ciencia moderna.

En este tenor decía Gastón Bachelard “la ciencia no tiene la filosofía que se merece”. La filosofía siempre va retrasada con respecto a los cambios en el saber científico. A la “filosofía de los filósofos” Bachelard trata de oponer “la filosofía producida por la ciencia”. “La filosofía de los filósofos se caracteriza por atributos como la unidad, la clausura, la inmovilidad; mientras que los rasgos distintivos de la “filosofía científica” (o la filosofía creada por la ciencia) son la falta de unidad, de un centro, la apertura y la historicidad... Pediremos... a los filósofos que rompan con la ambición de hallar un solo punto de vista fijo, para juzgar una ciencia tan amplia y tan mudable como la física”.⁵

Para finalizar este capítulo estudie con atención los siguientes cuadros.

⁵ G. Reale y D. Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, tomo III, “Del romanticismo hasta hoy”, Herder, Barcelona, 1995, pp. 883-884.



METODOLOGÍA

```
graph LR; A[METODOLOGÍA] --> B[• Nociones sobre metodología: la metodología estudia, analiza y justifica el método]; A --> C[• Funciones de la metodología]; A --> D[• Papel de la metodología en la construcción de teorías científicas: la metodología es el fundamento para la construcción y elaboración de teorías científicas. Cada ciencia construye su propia metodología.]; A --> E[• Teoría del conocimiento y metodología de la ciencia: la metodología de la ciencia es la teoría del conocimiento de la actualidad. La metodología de la ciencia y la teoría del conocimiento, prácticamente se identifican.];
```

- **Nociones sobre metodología:** la metodología estudia, analiza y justifica el método

- Funciones de la metodología

- **Papel de la metodología en la construcción de teorías científicas:** la metodología es el fundamento para la construcción y elaboración de teorías científicas. Cada ciencia construye su propia metodología.

- **Teoría del conocimiento y metodología de la ciencia:** la metodología de la ciencia es la teoría del conocimiento de la actualidad. La metodología de la ciencia y la teoría del conocimiento, prácticamente se identifican.

ACTIVIDADES

Con base en el estudio de este capítulo y de los cuadros sinópticos conteste el siguiente cuestionario:

1. ¿Etimológicamente qué significa método?
 2. ¿Cómo puede definirse el método científico?
 3. ¿Qué es el método de la autoridad?
 4. ¿Qué es el método de la intuición?
 5. ¿Qué es el método de la tenacidad?
 6. Explique con sus propias palabras el planteamiento general del método científico.
 7. ¿Qué es la conceptualización en el método científico?
 8. ¿Qué es la verificación o demostración?
 9. Explique qué es la inferencia.
 10. ¿Qué es una inferencia inmediata?
 11. ¿Qué es la inferencia mediata?
 12. Mencione los elementos de la estructura del método científico.
 13. ¿Qué es el proceso?
 14. ¿Qué es el momento lógico del proceso?
 15. Mencione dos actividades del momento lógico.
 16. ¿Qué es el momento metodológico?
 17. ¿Qué es el momento técnico?
 18. Mencione tres actividades del momento técnico.
 19. ¿Qué diferencia existe entre método y metodología?
 20. ¿Cómo se manifiesta el papel de la metodología en la construcción de teorías científicas?
 21. ¿Qué relación existe entre la teoría del conocimiento y la metodología de la ciencia?
-



5. *Teoría del derecho*

Al finalizar este capítulo, el alumno:

- Analizará la teoría y sus elementos.
- Comprenderá las funciones de la teoría del conocimiento jurídico y de la metodología jurídica en la formación de las diversas teorías del derecho.
- Entenderá el marco conceptual para la elaboración de cada teoría.
- Distinguirá la participación de las teorías del derecho en la construcción de la ciencia jurídica.
- Entenderá el origen, la evolución y los aspectos contemporáneos de las teorías del derecho.
- Comprenderá los efectos de la globalización en las teorías del derecho.
- Entenderá la tendencia de las teorías del derecho en el siglo XXI.

LA TEORÍA

La investigación científica no es una simple recopilación de datos, hipótesis, proposiciones o hechos sueltos, aislados y sin conexión. De ser así, no servirían para alcanzar una visión explicativa de conjunto del fenómeno o realidad investigada.

Para obtener esta explicación de conjunto es necesario sintetizar y desarrollar un sistema que permita organizar hechos, datos, hipótesis, leyes, conceptos, principios, postulados, etc., con rigurosidad lógica y precisión conceptual, actividades indispensables para saber cómo estos elementos rigen, ordenan y organizan un objeto o área de la realidad.

La teoría se enfoca a esta tarea organizativa, la cual permite conectar los hechos, datos, proposiciones, hipótesis, leyes, principios, para entender el fenómeno o realidad en forma integral.

En el capítulo anterior se formuló una definición tentativa de la teoría y se afirmó que era:

Un sistema relacional de leyes que permiten una visión totalizadora del objeto o realidad. Gracias a la teoría, el conocimiento científico se convierte en un sistema de proposiciones vinculadas lógicamente, formulaciones, hipótesis y leyes relacionadas que permiten explicar una realidad integralmente.

La teoría, siguiendo esta definición, representa un conocimiento totalizador o integral, es decir, una explicación que permite entender en forma completa un problema o cuestionamiento dentro de un sistema mucho más amplio y complejo de conocimientos.

La teoría implica entender la realidad en toda su complejidad, pues su pretensión es explicar el comportamiento de un objeto; para lograr lo anterior, es necesario describir, valorar, entender y relacionar los hechos, los datos, los conceptos y todo lo que permita y favorezca una explicación integral.

Precisamente por esta pretensión de explicar integralmente los fenómenos de la realidad es que se dice que *la teoría puede entenderse como un sistema de leyes relacionadas, cuyo resultado es la explicación integradora de un fenómeno.*

La teoría es el conocimiento sistematizado de la realidad. Esto quiere decir que habrá tantas teorías como posiciones epistemológicas o metodológicas existan sobre

ella o como sujetos intenten formular ese conocimiento o explicación sistematizada de la realidad, ya sea desde distintos ángulos o desde la visión de las distintas ciencias.

Por lo anterior, surgen las distintas teorías de las ciencias y particularmente, para el caso que nos ocupa en este texto, la teoría del derecho o las teorías del derecho como un intento de explicar en forma global la realidad jurídica, lo cual, como es de imaginar, no es una tarea sencilla.

La importancia de la teoría radica precisamente en que sin ella las explicaciones estarían aisladas y fragmentadas, serían hechos, datos o hipótesis sueltos, esto es, no existiría una visión de conjunto de la realidad, por ello:

La función de la teoría es organizar y ordenar con rigurosidad lógica los hechos, los datos, los conceptos, los principios, las proposiciones, las hipótesis, los axiomas y las leyes que regulan o explican la realidad.

Al investigar sobre la realidad todos los elementos de la misma se van ordenando, agrupando y vinculando mediante la formulación de proposiciones. De esta manera el saber científico se va convirtiendo en un sistema integral de formulaciones, hipótesis y leyes que, a la postre, constituyen una teoría, es decir, un sistema armónico, ordenado o coherente donde se unifican los elementos que se encontraban dispersos. Esta unificación modifica las formulaciones anteriores, como la hipótesis, las proposiciones o las leyes, e introduce además nuevas visiones, nuevos conceptos, nuevas hipótesis, lo cual permite el avance de la ciencia.

La teoría, en su aspecto más general, se presenta como un sistema cognoscitivo, es decir, orienta y dirige una rama del saber, que se expresa en las distintas teorías científicas como, por ejemplo, la teoría del derecho o, también llamada por los expertos, teoría general del derecho.

La teoría, vista desde esta perspectiva, se convierte en un sistema teórico-conceptual que relaciona prácticamente todo lo que se vincula con el conocimiento de cualquier ciencia en particular. Esta relación comprende los hechos, las leyes, los axiomas, las proposiciones, los datos, los principios, las conjeturas, los postulados, así como las hipótesis formuladas comprobadas. Todos estos elementos son compatibles y se complementan para explicar cómo es la realidad o cómo se comportan u operan los fenómenos en la realidad.

De la misma manera y, en forma más particular, dentro de cada ciencia operan y se concretan distintas teorías que se convierten en los elementos puntuales de cada una de las ciencias. En el derecho, por ejemplo, existen la teoría del acto jurídico, la teoría del contrato, la teoría del delito, la teoría del acto administrativo, la teoría constitucional, etcétera.

Elementos de la teoría

La teoría, al ser un complejo explicativo que muestra el conjunto de propiedades o nexos que tienen los objetos y las leyes que rigen su funcionamiento y desarrollo, incorpora grupos más amplios de objetos de la realidad y contextos explicativos igualmente amplios.

De conformidad con lo anterior, dentro de la actividad científica resulta indispensable la construcción de teorías, ya que una buena teoría garantiza el óptimo desarrollo científico. Por ello, en el campo de la metodología se ha estudiado, desde muchos ángulos, la formulación de teorías, su contrastación, su falsación, sus funciones, elementos y requisitos, entre otras cosas.¹

A continuación se mencionan los elementos que debe contener una teoría para que se considere que ha sido construida de manera adecuada.

Estos elementos, siguiendo a Mario Bunge, son de los tipos siguientes:

- *Elementos o aspectos formales*: comprenden todas las construcciones lógicas o formales, esto es, la construcción conceptual. Estas construcciones inciden en la forma de organización lógica de todos los conocimientos que integran el sistema, es decir, elementos tales como los conceptos, las definiciones, las clasificaciones, las divisiones, las categorías lógicas, los categoremas y, en general, los marcos teórico-conceptuales, sólo por mencionar los más importantes. Los elementos formales darán consistencia y, en su momento, harán que la teoría sea resistente a los cuestionamientos y contrastaciones a las que sea sometida.
- *Elementos o aspectos de contenido*: permiten o favorecen el desarrollo de explicaciones causales o determinantes de los fenómenos, hechos o aspectos de la realidad a los cuales se refieren. Estos elementos ayudarán a la construcción de

¹ Para Karl Popper el término “falsación” implica buscar por todos los medios comprobar que una hipótesis planteada es falsa con el objeto de determinar que si resiste esa embestida, entonces la teoría es razonablemente satisfactoria.

los elementos formales, ya que el aparato conceptual se fundamenta en los elementos de contenido.

- *Elementos o aspectos históricos*: integran las notas correspondientes al origen, procedencia o gestación de los problemas o fenómenos que se pretenden explicar. Asimismo, se ocupa del desarrollo, evolución y transformación histórica de los hechos o fenómenos. En pocas palabras, estos elementos ayudan a entender cómo evolucionan los hechos o fenómenos.

Los anteriores elementos de la teoría cumplen con una serie de tareas específicas, las cuales son necesarias para explicar los aspectos, los hechos o fenómenos de la realidad sujetos a investigación o a formulación teórica.

De esta manera la teoría cumple, a través de los elementos que la integran, con una serie de funciones, entre las cuales destacan:

1. *Identificación y caracterización de los hechos*: definir los hechos con precisión y caracterizarlos para distinguirlos de otros hechos o fenómenos.
2. *Clasificación de los fenómenos*: identificar las similitudes y deferencias entre los distintos hechos o sucesos, de tal suerte que destaquen sus notas o atributos comunes.
3. *División de los hechos*: descomposición de los hechos en elementos más simples para facilitar su comprensión y análisis.
4. *Construcción lógica para la comprensión global de los hechos o fenómenos*: formulación de conceptos precisos, la propuesta de definiciones, formulación de divisiones y clasificaciones en los casos que sea necesario, así como otras formulaciones para la comprensión de la realidad que se pretende explicar.
5. *Relación lógica de las construcciones efectuadas*: vinculación entre los distintos elementos teóricos que han surgido en la teoría, entre los que destacan el aparato conceptual, las definiciones, las hipótesis, las leyes y las categorías.
6. *Búsqueda, identificación y formulación de nuevos problemas*: establecimiento de nuevos problemas a causa de las explicaciones integrales propuestas por la nueva teoría o formulación teórica, las cuales pueden llegar a contradecir o complementar lo establecido.
7. *Propuesta de explicaciones científicas*: se proponen explicaciones objetivas de los fenómenos o realidades.
8. *Identificación de nuevos nexos*: se vincula el fenómeno investigado con otros fenómenos o con otras explicaciones más amplias.

A partir de lo anterior, se puede dar una nueva definición de teoría:

Un sistema conceptual que pretende dar una explicación de los objetos, sus relaciones, sus leyes y su desarrollo.

La teoría cumple una tarea explicativa, para lo cual identifica y destaca las propiedades, los nexos y las conexiones con otros objetos, sobre todo con las leyes, las cuales indican su desarrollo y rigen su funcionamiento.

Al igual que el método, la teoría se construye al mismo tiempo que se investiga, pues en ese momento se están elaborando los conceptos, las categorías, los juicios, las hipótesis y demás construcciones lógicas necesarias para lograr una explicación sistemática del objeto.

Es muy importante que la teoría resulte verdadera; de hecho, la idea de cuestionar en cualquier investigación científica es encontrar respuestas satisfactorias de la realidad, de los objetos o de los fenómenos sobre los que se está investigando.

Esta pretensión de encontrar explicaciones satisfactorias, verdaderas, sensatas o convincentes es un motivo de preocupación, y ocupación, de los investigadores. Quizá por ello existen serias discusiones sobre la formulación, la validez, la falsación y la contrastación de teorías.

Entre los autores que han estudiado estas cuestiones se encuentra Karl Popper, quien decía:

Las teorías científicas son enunciados universales: son, como todas las representaciones, sistemas de signos o símbolos. Por ello, no creo que sirva de gran cosa expresar la diferencia entre teorías universales y enunciados singulares diciendo que estos últimos son concretos mientras que las teorías son meramente fórmulas simbólicas o esquemas simbólicos; pues exactamente lo mismo puede decirse hasta de los enunciados más concretos.

Las teorías son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos el mundo; para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo. Y tratamos de que la malla sea cada vez más fina.²

² Karl Popper, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 57.

Uno de los temas más importantes acerca de la teoría es la corroboración o falsación. Esto implica que las teorías hay que contrastarlas con otras teorías, dar juicios sobre ellas o refutarlas. Sobre la contrastación Popper explica:

Si queremos podemos distinguir cuatro procedimientos de llevar a cabo la contrastación de una teoría. **En primer lugar**, se encuentra la comparación lógica de las conclusiones unas con otras; con lo cual se somete a contraste la coherencia interna del sistema. **Después**, está el estudio de la forma lógica de la teoría, con objeto de determinar su carácter: si es una teoría empírica —científica— o si, por ejemplo, es tautológica. **En tercer término**, tenemos la comparación con otras teorías, que tiene como principal mira la de averiguar si la teoría examinada constituiría un adelanto científico en caso de que sobreviviera a las diferentes contrastaciones a que la sometemos. Y **finalmente**, viene a contrastar por medio de la aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella.³

Sobre la discusión anterior Mario Bunge entiende que los requisitos para que una teoría tenga visos de verdad son los siguientes:⁴

- *Requisitos sintácticos*: la corrección sintáctica, la sistematicidad o la unidad conceptual, donde cada uno de los conceptos empleados deben ser coherentes, relacionados lógicamente y estar vinculados entre sí, de tal manera que todos los componentes conceptuales contribuyan a explicar el hecho o los hechos a los que se refieren.
- *Requisitos semánticos*: la exactitud lingüística, la interpretabilidad empírica, la representatividad y la simplicidad semántica. Eliminar los conceptos confusos y validar los enunciados con respecto a los hechos a los que aluden. La teoría debe permitir la reconstrucción de los acontecimientos, hechos y procesos reales. La simplicidad semántica favorece la organización de cómo entendemos la realidad para que se comprendan tanto los aspectos fácticos como los formales.
- *Requisitos epistemológicos*: la consistencia externa, la capacidad explicativa, la capacidad predictiva, la profundidad, la capacidad unificadora, la fecundidad y la originalidad. La teoría se apoya en el conocimiento aceptado y sobre él se basa la contribución al avance científico. La capacidad explicativa de la teoría intenta que se logre el alcance y la exactitud adecuados para contener los hechos explicados.

³ *Ibidem*, p. 32.

⁴ Cfr. Mario Bunge, *Teoría y realidad*, Ariel, Barcelona, 1975, pp. 145-162.

Asimismo, la teoría debe inferir nuevos hechos, rebasar los niveles de observación común, comprender otros aspectos relacionados con los hechos tratados y, finalmente, poseer tal fecundidad y originalidad que debe ser capaz de guiar nuevas investigaciones y sugerir otras en campos afines, y sus aportaciones deben ser en verdad novedosas.

- *Requisitos metodológicos*: la escrutabilidad, la refutabilidad, la confirmabilidad y la simplicidad metodológica. A través de la escrutabilidad se controlan los presupuestos metodológicos, poniendo en duda las pruebas, las técnicas y los medios de contrastación. La refutabilidad implica la confirmación de los postulados de una teoría, mediante la suposición de casos o circunstancias que se le puedan oponer, aun cuando pueda suponer principios o postulados irrefutables. La confirmabilidad, se puede decir, es el único medio de prueba de la teoría, significa que sus consecuencias particulares concuerden en la medida de lo posible con las observaciones empíricas. La simplicidad metodológica, significa la posibilidad de someter la teoría a contrastaciones empíricas, fácilmente realizables y no a predicciones imposibles de contrastar empíricamente.
- *Requisitos filosóficos*: la parsimonia de niveles, la solidez metacientífica y la consistencia desde el punto de vista de la concepción del mundo. La parsimonia de niveles exige la conservación de referencias a esferas de la realidad implicadas en la teoría. Por lo que respecta a la solidez metacientífica, la teoría debe ser compatible con los principios en los cuales se fundamenta como los postulados de legalidad y racionalidad. Finalmente la consistencia desde el punto de vista de la concepción del mundo rechaza las teorías ambiguas, opuestas a nuestra visión del mundo aunque deja espacios para su propio cambio.

Con base en las anteriores reflexiones acerca de la teoría, se puede observar que ésta es una construcción compleja que se ocupa de entrelazar los hechos con las explicaciones para que adquieran sentido. En consecuencia, puede afirmarse que la ciencia sin teoría carece de sentido.

En la teoría intervienen desde elementos fácticos y experimentales hasta elementos formales y filosóficos. Por ello, la formulación de una teoría es una actividad compleja, y ésa es la razón de que se afirme que la teoría constituye la espina dorsal de la ciencia.

FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO Y DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA EN LA FORMACIÓN DE LAS DIVERSAS TEORÍAS DEL DERECHO

Para continuar con nuestro estudio y llegar a la teoría del derecho, podemos recapitular lo siguiente: se ha explicado, en forma general, la teoría y su tarea dentro de la ciencia; así también, se ha reflexionado acerca de la teoría del conocimiento, el método y la metodología, y de la relación entre teoría del conocimiento y metodología. Por ello, corresponde ahora estudiar las funciones de la teoría del conocimiento jurídico y de la metodología jurídica en la formación de las diversas teorías del derecho, tarea que no es sencilla, pero trataremos de hacer que resulte inteligible para el lector.

Primero es necesario explicar qué es la teoría del conocimiento jurídico y de qué problemas se ocupa. De la misma manera, se explicará qué es la metodología jurídica y de qué problemas se ocupa para comprender el importante papel que desempeña en la construcción de las teorías del derecho.

Teoría del conocimiento jurídico

Uno de los temas más controversiales en el estudio del derecho es la llamada teoría del conocimiento jurídico, de la cual se han ocupado algunos juristas, aunque a decir verdad no hay estudios profundos sobre el tema. Por ello, se tratará de expresar el estado en que se encuentra esta discusión sin imponer un pensamiento, sino más bien con la finalidad de provocar la reflexión, la cual puede servir al lector como punto de partida para profundizar, ya sea a través de la lectura o la discusión, sobre este asunto tan polémico.

En efecto, aunque se han escrito y se siguen escribiendo una gran cantidad de obras sobre el problema del conocimiento jurídico, la mayoría de ellas versa sobre la concepción de que la única realidad del derecho es la norma, por lo que la tarea cognoscitiva del jurista se reduce a su descripción. Este problema, como se ve, se encuentra íntimamente relacionado con el estudio del derecho como objeto y su ubicación en el ámbito de la realidad. A partir de esto, se construye el problema de la epistemología jurídica o de la teoría del conocimiento jurídico.

Si por derecho entendemos sólo la normatividad, resulta claro que el conocimiento jurídico se reduce al estudio del fenómeno normativo. Sin embargo, se

debe afirmar que *el derecho es mucho más que normas*. Razón por la cual puede decirse que los modos o formas del conocimiento jurídico son variados, esto es, existen muchos modos o formas de conocimiento —no sólo las normas—, sino acerca de lo jurídico que nos indican cómo es y nos brindan información acerca del derecho.

El derecho, como objeto de investigación, es estudiado por diferentes ciencias, cada una de las cuales se ocupa de algún o algunos aspectos, como es el caso de la historia, la sociología, la filosofía, etcétera.

Por otra parte, de los distintos aspectos bajo los cuales es posible analizar el derecho se desprende la existencia de gran número de conceptos y, por supuesto, todos ellos tienen un fundamento y una razón de ser. Ejemplo de ello son los conceptos del derecho en los que predomina el aspecto sociológico; otros en los que destaca lo normativo, lo histórico, lo filosófico, lo psicológico, etcétera.

Muchas teorías del derecho, como se verá más adelante, se construyen a partir de lo que cada autor considera qué es el derecho, es decir, a partir de cómo se concibe el derecho como objeto y de lo que cada autor considera qué es el objeto del derecho.

Si bien es cierto que para quienes consideran que el objeto del derecho es el estudio de las normas o que el derecho como objeto sólo son normas, el problema del conocimiento jurídico queda reducido al conocimiento lógico-sistemático de la normatividad. La labor epistemológica del jurista con esta concepción se circunscribe al estudio de la dogmática jurídica, la cual considera el derecho como una disciplina acabada y perfecta. Por consiguiente, cuando se alude a la dogmática jurídica, se está haciendo referencia sólo al conocimiento del derecho positivo, es decir, el conocimiento de las normas.⁵

Según lo anterior a la ciencia jurídica se le atribuye, como objeto, el estudio sistemático y lógico-conceptual del derecho (las normas positivas) y trata sobre el sentido objetivo del derecho que constituye su materia de estudio.

⁵ La dogmática jurídica se usa como sinónimo de “ciencia del derecho” o de doctrina, la cual se caracteriza por ser una disciplina que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Un claro entendimiento de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera presupone el manejo de los conceptos, las nociones, las ideas y las tradiciones jurídicas que conforman dicha institución. Pues bien, los conceptos, las nociones, los dogmas o los presupuestos, que conforman una institución jurídica, son suministrados por la dogmática jurídica: doctrina aplicable a dicha institución. *Cfr.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 1987, p. 1194.

Para realizar el estudio sistemático de las normas, la dogmática jurídica construye y emplea un método específico, por lo cual también requiere construir sus propios conceptos.

En nuestra opinión, el derecho —como objeto— no se puede agotar en la manifestación normativa, sino que requiere ampliarse y considerar sus diferentes *facetas* o *manifestaciones*, que son:

- a) Un conjunto de normas que regulan la conducta de las personas en una sociedad y cuyas disposiciones pueden estar orientadas en cualquier sentido. Dicha orientación poco puede estar influenciada por los juristas.
- b) Un producto cultural surgido en el tiempo y en un contexto histórico-social determinado, cuyo estudio atañe al historiador y, en su caso, al sociólogo del derecho.
- c) Un ideal trascendente por encima de la realidad al cual aspira la comunidad. En este sentido su estudio corresponde al filósofo.
- d) Un fenómeno de la vida comunitaria que refleja las condiciones de vida de una sociedad, es decir, políticas, económicas, sociales, por mencionar algunas; su estudio le corresponde al sociólogo.

Para los juristas, siguiendo los incisos anteriores, el problema del conocimiento jurídico variará de acuerdo a la postura que se adopte respecto a lo que se considere qué es el derecho. Por ejemplo, es evidente que quienes piensan que el derecho se agota en el fenómeno normativo, reducirán el conocimiento jurídico al estudio de las normas y, para lograr dicho conocimiento, elaborarán sus propios conceptos y categorías lógicas, rigurosas e inamovibles como las normas mismas. Por desgracia, la mayoría de los juristas piensa de esta manera.

Los juristas siempre han pretendido que el conocimiento jurídico posea un carácter científico, pero es importante cuestionar, mediante el análisis del estatuto epistemológico, si el estudio del derecho, según el método empleado por la mayoría de los juristas, en verdad contiene ese carácter científico o en qué condiciones es que puede tenerlo.

Como se afirmó antes, el estudio del derecho —reducido al fenómeno normativo— llevado a cabo por los juristas se conoce con los nombres de ciencia del derecho, dogmática jurídica o jurisprudencia.

El punto de partida de la dogmática jurídica es tanto la aceptación del derecho positivo como de las afirmaciones filosófico-jurídicas que emanan del ordenamiento jurídico establecido por el Estado. Esto significa que el ordenamiento jurídico es

un dogma para el jurista. De donde resulta que el derecho es inalterable, estable, indiscutible e incuestionable para la dogmática jurídica.

Por lo tanto, y siguiendo estas afirmaciones, el conocimiento jurídico consiste —no puede ser de otra manera— en someter a análisis los procedimientos lógicos de la construcción, de la interpretación y de la aplicación del derecho.

Con base en lo anterior, el conocimiento jurídico se circunscribe a la pretensión de conocer el derecho en su estructura interna, en sus elementos lógico-constitutivos, sin cuestionar su contenido. Esta concepción ha conducido a idealizar la legislación, pues es evidente el sometimiento del jurista al estudiar el ordenamiento legal. En la vida práctica reduce su quehacer a lo establecido en el derecho positivo; con esto, queda de manifiesto su impotencia para introducir cambios, variaciones o correcciones a lo establecido, no porque así lo quiera, sino porque le es imposible.

El conocimiento jurídico y la actividad científica del jurista se concretan a la elaboración de conceptos y categorías lógicas, muchas veces no objetivas sino forzadas y adaptadas necesariamente a las disposiciones vigentes, las cuales pueden llegar al absurdo.

La dogmática jurídica, como exigencia del positivismo jurídico, fue necesaria para el análisis de las normas, pues en ello consistía el quehacer científico, lo cual se justificó y sirvió para hacer enormes avances. Sin embargo, la dogmática poco a poco se fue desvirtuando y transformando hasta llegar a la idealización de la normatividad.

Antonio Hernández Gil dice: “La dogmática empieza siendo una exigencia del positivismo proyectado sobre las normas y termina por convertirse en cierto modo en un idealismo desprovisto de sentido crítico”.⁶

El conocimiento jurídico, visto así, se reduce al conocimiento de la normatividad positiva que utiliza como instrumento la dogmática jurídica, y el instrumento de ésta es la lógica. Resulta entonces que el único análisis que puede realizar el jurista es el estudio lógico-sistemático de las normas, por lo cual, *tanto el problema del conocimiento jurídico como el problema metodológico del derecho no implica mayor complicación.*

Precisamente es, en este momento, donde se explica y se puede entender la importancia de la teoría del derecho. Porque corresponde a la teoría del derecho o

⁶ Antonio Hernández Gil, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pp. 11-12.

diversas teorías del derecho construir otras visiones del derecho que vayan más allá de la normatividad y no se limiten a un análisis *a priori* de lo formal de lo jurídico.

Resulta evidente que la dogmática jurídica no es suficiente para el conocimiento del derecho, pues éste debe ser ampliado y complementado por la teoría del derecho, con la cual es posible ver más allá de lo normativo, mediante la incorporación de aspectos axiológicos, de contextos sociales en las instituciones y figuras jurídicas, así como la comprensión del momento histórico en el que se ubican.

Las respuestas de la teoría del derecho contendrán, por supuesto, una dimensión histórico-sociológica y filosófica, en cuanto presuponen un entramado de contextos históricos, sociales y políticos, así como de las ideas filosóficas subyacentes; aunque los juristas no tenemos plena conciencia de todos estos aspectos.

Esto significa que, quiera o no, el jurista cuando teoriza acerca del derecho, es decir, cuando elabora una teoría del derecho, pone de manifiesto su pensamiento acerca de la realidad del derecho y acerca de la realidad en que surge y se construye el derecho.

Al tema del conocimiento jurídico no se le ha dedicado tiempo suficiente. Pero es necesario aclarar que esto no significa que lo hecho por los juristas, expresado en párrafos anteriores, haya sido inútil; por el contrario, el análisis lógico-normativo es una tarea llevada a grados de perfección envidiable y es lo que ha favorecido el desarrollo del derecho y ha hecho patente su utilidad práctica, tanto en el quehacer de los órganos jurisdiccionales como en el quehacer profesional práctico del abogado. Sin embargo, es necesario señalar que debe dedicarse más tiempo a la investigación de la teoría del conocimiento jurídico, de la metodología jurídica y, sobre todo, de la teoría del derecho.

Como bien lo expresa Alejandro Nieto García: “El conocimiento jurídico es una cuestión a la que los juristas nunca dedicamos la atención que se merece”.⁷

Con base en las ideas anteriores, se puede concluir que, en general, la problemática acerca del conocimiento jurídico toma dos caminos:

- *El desarrollo del conocimiento jurídico práctico*, el cual se encuentra ampliamente desarrollado y su principal pretensión es el dominio técnico del ordenamiento positivo, es decir, de las normas o del derecho vigente, útil para la vida jurídica

⁷ A. Nieto García, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, “Lección jubilar” pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 12 de marzo de 2001.

de los particulares y el desarrollo del quehacer práctico de los abogados. En su estudio, como se ha reiterado, se desarrolla la dogmática jurídica.

El conocimiento jurídico práctico sirve para tomar decisiones concretas, decidir la realización de negocios jurídicos determinados, elegir las acciones jurídicas ante los tribunales, como son interponer o contestar demandas, dictar sentencias, decidir acciones procesales, optar por alternativas u opciones posibles en un caso determinado. En este aspecto, el conocimiento jurídico ha logrado un buen desarrollo, ya que se han creado técnicas y métodos diversos del conocimiento del derecho, así como diversas escuelas y métodos de interpretación, de integración y técnicas jurisprudenciales.

Por lo general, este conocimiento se encuentra acotado y limitado, casi estrictamente, a lo que dice la ley escrita. Aunque de ninguna manera es de despreciar por ser práctico, al contrario, debemos decir que es complejo y no es fácil llegar a dominarlo.

Finalmente, si bien se duda de la científicidad del derecho en estos aspectos, nadie en su sano juicio duda de su utilidad. En este conocimiento, aunque puede criticarse, es donde se forma el experto en derecho, es decir, el abogado cuya labor es socialmente importante e insustituible. Con respecto al derecho, la practicidad del conocimiento jurídico es donde su existencia adquiere relevancia, pues demuestra su eficacia en la solución de conflictos sociales, y gracias a ello se hace posible la convivencia social.

- *El desarrollo del conocimiento teórico del derecho* pretende no la aplicación de las normas a la realidad o la solución jurídica de los conflictos, sino el cuestionamiento más allá de la simple normatividad; por ello, penetra en las relaciones sociales, indaga sobre los intereses en conflicto que se intentan resolver a través de la creación de normas y del propio Estado; aunque también de ello se ocupa el estudio de los textos en forma conceptual, interpretativa y sistemática.

Este estudio es de carácter privado y personal, si bien no es de aplicación obligatoria en los tribunales, es útil para cuestionar el contenido y hechura de las normas. Por eso se dice que es un conocimiento crítico; a diferencia del primero, al que podemos calificar como un análisis (tal vez no conocimiento) acrítico.

Como se observa, el conocimiento teórico del derecho es más amplio que el estudio de la normatividad, pues comprende consideraciones de todo tipo para cuestionar el derecho elaborado por los órganos del Estado; ve en forma crítica las situaciones de hecho que se presentan en la sociedad, cuestiona su tratamiento en

los textos legislativos, se ocupa de las disparidades entre las disposiciones normativas y la realidad histórica; y para realizar su tarea se auxilia de un gran número de ciencias, como la psicología, la sociología, la filosofía y la historia.

Las anteriores reflexiones dan una idea de la complejidad de la problemática de la epistemología jurídica o teoría del conocimiento jurídico. A los problemas anteriores han pretendido dar respuestas la más variadas teorías del derecho, algunas elaboradas por los propios juristas y otras por especialistas de otras ramas del saber —como la filosofía y la sociología— y para cuya construcción también han construido distintos métodos y, en consecuencia, distintas metodologías jurídicas.

Metodología jurídica

El problema del conocimiento jurídico, tocado antes en forma somera, se encuentra en estrecha relación con el problema de la metodología jurídica.

A la metodología jurídica le corresponde:

El estudio, la construcción, el análisis y la justificación de los diversos métodos aplicados al derecho, en concordancia con lo que consideremos qué es el derecho.

De acuerdo con lo anterior, se podrá observar que las posturas de la metodología jurídica estarán en concordancia con la posición epistemológica o teórica de la cual se parta.

Si se asume la postura del *conocimiento jurídico práctico* queda claro que la metodología jurídica desarrollada quedará acotada a la ciencia del derecho o dogmática jurídica, es decir, el estudio técnico del derecho positivo y sus métodos o escuelas interpretativas se desarrollarán de acuerdo con esta visión.

Así como ocurre con la ciencia en general, que para su estudio y desarrollo necesita que se creen y construyan un método y su consecuente metodología. Lo mismo sucede con el derecho. En el desarrollo de la investigación jurídica y de la actividad científica de los juristas se van creando y construyendo los métodos jurídicos y las metodologías del derecho que los explican.

De esta manera, *la metodología jurídica se puede considerar una reflexión teórica y filosófica acerca del método o los métodos del derecho*. En el desarrollo de la metodología

jurídica se van generando, históricamente, un gran número de reflexiones acerca de los problemas metodológicos del derecho, los cuales después serán estudiados independientemente o de acuerdo con el quehacer de los juristas. En este estudio incursionan tanto los juristas prácticos como los teóricos, y las aportaciones de éstos se van interconectando y enriqueciendo; de tal manera que, al igual que en la ciencia, mediante el estudio de la metodología del derecho, el jurista práctico se acerca a la especulación filosófica y el jurista teórico o filósofo del derecho se aproxima al quehacer del jurista práctico.

La metodología jurídica es la encargada de construir las distintas visiones acerca de qué es el método del derecho y qué es el derecho mismo; por lo mismo, se ocupa de los cuestionamientos científicos y metodológicos acerca del derecho. Entre estos cuestionamientos se pueden enunciar: ¿Qué es la ciencia del derecho?, ¿en qué consiste el quehacer científico del jurista?, ¿el derecho es realmente una ciencia?, ¿en qué aspectos lo es?, ¿por qué se puede considerar que es una técnica?, ¿qué métodos puede emplear el derecho?

Estas preguntas, por anotar sólo algunas, han recibido distintas respuestas, desde las que niegan el valor de la jurisprudencia hasta las que afirman que la única ciencia posible acerca del derecho es la que se deriva de la sociología del derecho.

Así, las respuestas a estas preguntas han conducido a la formulación de las más diversas teorías del derecho, como las que postulan, siguiendo al positivismo, que la única teoría del derecho posible es una teoría formal que sólo puede ocuparse de las relaciones lógicas de los fenómenos jurídicos, marginando el contenido de la normatividad positiva por no caer dentro de su objeto de estudio, o aquellas teorías de cuño iusnaturalista, sociológico y de las más diversas orientaciones o escuelas, las que proponen teorías más orientadas a la crítica de los contenidos jurídicos, acordes al desarrollo histórico-social al que parece oponerse el derecho positivo.

La metodología jurídica—como teoría o reflexión del método o los métodos jurídicos—y las teorías del derecho que se construyen están respondiendo a una forma de entender la realidad jurídica y de esta manera se manifiesta la ideología o postura filosófica del investigador jurídico. Por ello, existen diversas perspectivas metodológicas acerca del derecho, las cuales son tan variadas como juristas existan y responden a sus concepciones de la realidad jurídica, de la ciencia del derecho y del propio método jurídico.

En cada postura de la metodología jurídica se elaboran propuestas o formas de entender la realidad del derecho, que pretenden ser las adecuadas para explicar su

complejidad, en concordancia con las distintas posturas de la teoría del conocimiento jurídico de las cuales se parte.

Con esto se puede concluir que la metodología jurídica presenta las siguientes funciones:

- Estudiar o reflexionar teórica y filosóficamente acerca del método o los métodos del derecho.
- Producir la dinámica de desarrollo del método o los métodos del derecho, así como su modificación, transformación, justificación y perfeccionamiento.
- Expresar las distintas concepciones o formas de entender la realidad jurídica y el método del derecho.
- Servir de enlace entre el quehacer científico-práctico del derecho y la especulación teórico-filosófica del mismo.
- Formular las reglas de operación del método o los métodos del derecho, la búsqueda de fundamentos teóricos de los métodos del derecho, así como su alcance y las posibilidades cognoscitivas, lo cual hace suponer que hay métodos del derecho limitados y algunos otros de mayor alcance.

La metodología jurídica tiene una forma específica de entender el derecho, según una cosmovisión o ideología. Por esa razón, la metodología jurídica no es absoluta ni única, sino que existen diversas posturas o expresiones metodológicas del derecho ajustadas a las distintas concepciones de la realidad jurídica, del conocimiento jurídico y del propio método jurídico.

En la teoría del derecho, que construyen los distintos sujetos que realizan la actividad científica del derecho, quedan presentes las diversas posturas epistemológicas y metodológicas de las cuales parten.

Con base en lo anterior y en lo visto en capítulos anteriores, se puede decir que hay una vinculación estrecha entre metodología jurídica y teoría del conocimiento jurídico.

Pero, ¿cómo es esto? Como se recordará, en el capítulo segundo se estudiaron los problemas fundamentales de la teoría del conocimiento, y uno de ellos versaba sobre *la posibilidad y la forma o modo de conocer*. Por otra parte, en el capítulo cuarto se estudiaron los distintos aspectos del método y la metodología. El método, como se dijo, es la forma de conocer los objetos o la forma de aproximarse a la realidad para captar del objeto sus notas o características esenciales.

La metodología, por su parte, es el estudio o teoría del método, y le corresponde abstraerlo de la actividad científica, formular su cuestionamiento, modificación, transformación, justificación y perfeccionamiento.

En este capítulo se han visto, hasta ahora, las bases de la teoría del conocimiento jurídico y de la metodología jurídica, extrapolando lo estudiado en la teoría del conocimiento y la metodología de la ciencia.

Por tanto, es posible concluir que la metodología jurídica deriva de la teoría del conocimiento jurídico.

El estudio metodológico del derecho es, de alguna manera, la respuesta al problema de cómo conocemos el derecho, planteado por la teoría del conocimiento jurídico.

En el derecho, al igual que en la ciencia, la metodología jurídica y la teoría del conocimiento jurídico están en estrecha vinculación. De cierta manera, la metodología jurídica es la misma teoría del conocimiento jurídico de la actualidad, en otras palabras, es el problema epistemológico del derecho o el planteamiento de la teoría del conocimiento jurídico. La diferencia entre teoría del conocimiento jurídico y metodología jurídica desaparece o, por lo menos, se aproximan tanto que casi se identifican.

En pocas palabras, existe una relación estrecha entre teoría del conocimiento jurídico y metodología jurídica. La construcción de la metodología jurídica se fundamenta en la teoría del conocimiento jurídico, y ambas, en su proceso de construcción, contribuyen en la elaboración de las diversas teorías del derecho.

Ahora bien, se ha explicado que la metodología es el estudio o filosofía del método y, en particular, refiriéndonos a la metodología jurídica es el estudio o filosofía del método o los métodos aplicados en el derecho, ya sea en el momento en que se está construyendo dicho método o cuando se está aplicando.

Finalmente, con relación a la metodología jurídica y la teoría del conocimiento jurídico práctico, visto como derecho positivo, la preocupación de la metodología jurídica queda encerrada en el campo de la construcción de la norma o en la construcción de las estructuras a partir de la norma creada, por lo que, en general, el tema de la metodología jurídica queda reducido en:

- Metodología de la elaboración del derecho.
- Metodología de la interpretación del derecho.
- Metodología de la aplicación del derecho.
- Metodología de la integración del derecho.

Lo anterior es así porque el jurista, para efectos prácticos, poco puede aportar en la construcción del derecho positivo, por lo que el problema de la metodología jurídica se reduce al problema de la interpretación e integración de la ley y esta problemática deriva de su aplicación. Estos temas serán objeto de estudio en el último capítulo de este libro.

En síntesis, el estudio de la metodología jurídica, en el quehacer práctico del jurista, queda circunscrito al problema de la creación y la aplicación del derecho; fundamentalmente, porque entiende el conocimiento jurídico como el estudio del derecho positivo y éste, de acuerdo con la dogmática jurídica, es inalterable, estable, indiscutible e incuestionable. Por lo tanto, el conocimiento jurídico del derecho se somete al análisis de los procedimientos lógicos de su construcción.

En este contexto, a la metodología jurídica le atañe sólo el problema de saber interpretar la norma y adecuarla al caso concreto, y si bien esta tarea es importante, compleja y ha tenido un desarrollo sorprendente, no deja de ser limitada.

La metodología jurídica como teoría o reflexión del método, reiteramos, expresa una forma de entender el derecho poniendo de manifiesto la ideología o postura filosófica. Por ello, existen diversas perspectivas metodológicas que responden a distintas concepciones del derecho, de la ciencia jurídica y del propio método del derecho.

Funciones de la teoría del conocimiento jurídico y de la metodología jurídica en la formulación de las diversas teorías del derecho

Para concluir con esta parte se pueden establecer las funciones tanto de la teoría del conocimiento jurídico como de la metodología jurídica en la formulación de las diversas teorías del derecho.

La metodología —al ser la encargada de elaborar una reflexión crítica sobre la construcción, desarrollo y validez de los métodos empleados en la ciencia, en sus aspectos más generales y universales— está relacionada con la filosofía y, en forma especial, con la lógica y la teoría del conocimiento.

La metodología desempeña un papel esencial en la construcción de las teorías científicas:

- La teoría pretende ser una explicación totalizadora de la realidad, lo que la convierte en elemento esencial de la ciencia. Generalmente los hechos son aislados, al igual que las observaciones, las hipótesis y los sistemas de proposiciones, pero su relación y conexión lógica se da mediante la teoría.

- La metodología presenta implicaciones lógicas que se vinculan directamente con el método; de hecho, como afirmamos en apartados anteriores, éste es la creación más avanzada de la lógica científica, por lo que a la metodología le corresponde la construcción, justificación y validez del método.
- En la metodología también existen implicaciones epistemológicas, pues contribuye de manera significativa a explicar los fundamentos filosóficos, la estructura formal de la ciencia y su cuerpo conceptual. Asimismo, aborda el cuestionamiento gnoseológico acerca de la posibilidad y alcance del conocimiento, su modo de producción, sus formas de validación y los diversos grados del saber.
- La distancia y diferencia entre la teoría del conocimiento y la metodología de la ciencia desaparece o se aproximan tanto que casi llegan a identificarse.
- La metodología tiene implicaciones ontológicas, pues la concreción del método o la forma de acercarnos al objeto será acorde a la realidad u objeto de investigación y, a su vez, determinará la forma en que se entiende la realidad.

De lo anterior se desprende que la metodología tiene un carácter interdisciplinario, y es una teoría del método, pues le corresponde el estudio y la formulación de las reglas en que opera el método, así como la búsqueda de los fundamentos teóricos de los métodos y de sus posibilidades cognoscitivas.

En consecuencia, las diversas posturas metodológicas son propuestas que pretenden explicar su visión del mundo, su forma de entenderlo con validez científica y universal.

La metodología aporta el fundamento para la construcción y elaboración de las teorías científicas de las diversas ciencias. Como cada ciencia tiene su objeto particular de estudio, elige también un método específico, y para su estudio se crea y produce su propia metodología; así pues cada ciencia tiene su propia metodología para construir una teoría, surgiendo lo que se ha denominado metodología de las ciencias.

Observamos, en líneas anteriores, que existe una estrecha relación entre metodología de la ciencia, la lógica, la epistemología o teoría del conocimiento y la ontología. Sin embargo, se presenta una vinculación más estrecha entre la metodología de la ciencia y la teoría del conocimiento.

El estudio metodológico de la ciencia es, de alguna manera, la respuesta al problema de cómo conocemos, el cual ha sido planteado por la teoría del conocimiento. Por esa razón, es posible afirmar que, de algún modo, la metodología de la ciencia es

la teoría del conocimiento de la actualidad. Hay quienes dicen que la metodología de la ciencia es el problema de la teoría del conocimiento del presente.

De manera similar, entre la teoría del conocimiento jurídico y la metodología jurídica hay una relación estrecha, determinada por lo que consideremos qué es el derecho, cuál es su objeto de estudio y cómo se concibe al derecho en el ámbito de la realidad. Ésa es la razón de que de la teoría del conocimiento jurídico y la metodología jurídica dependa la formulación de la teoría del derecho.

De esta manera, las diversas teorías del derecho están en función de lo que consideremos como derecho, y de esto dependerá el estudio del conocimiento jurídico y la metodología jurídica.

Existen diversas escuelas de las teorías jurídicas que no son excluyentes sino complementarias. Entre éstas podemos mencionar la jurisprudencia de conceptos, la jurisprudencia de intereses, el formalismo de Kelsen, la jurisprudencia sociológica, la dogmática jurídica, etcétera.

Las funciones de la teoría del conocimiento jurídico y de la metodología jurídica en la formulación de las diversas teorías del derecho se analizan en el siguiente esquema:

Funciones de la teoría del conocimiento jurídico	Funciones de la metodología jurídica
• Contribuir a la reflexión teórica acerca de los elementos teóricos de su construcción. • Descubrir los problemas cognoscitivos a los que se enfrenta la construcción de la teoría del derecho. • Elaborar los conceptos, las relaciones lógicas, las definiciones, las divisiones y las clasificaciones de los elementos que intervienen en la elaboración de la teoría del derecho. • Desarrollar el alcance de los presupuestos epistemológicos de la teoría del derecho.	• Construir la reflexión teórica y filosófica, así como elaboración del método o los métodos del derecho empleados en la teoría del derecho. • Contribuir, por sus orientaciones epistemológicas, a explicar los fundamentos filosóficos y construir tanto la estructura formal como el cuerpo conceptual de la teoría del derecho. • Ser instrumento indispensable para la elaboración de las teorías del derecho, inclusive hay quienes dicen que la metodología jurídica y la teoría del derecho son lo mismo.

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Identificar los límites a los que se enfrenta la teoría del derecho.• Construir el marco teórico-conceptual de las figuras e instituciones jurídicas desarrolladas por la teoría del derecho.• Aportar el desarrollo del conocimiento de las distintas fuentes del derecho, así como el de los elementos implicados en el conocimiento jurídico, tanto de carácter estrictamente formal como los de carácter material, presentes en las diversas teorías del derecho.• Cuestionar y contribuir al desarrollo o exposición de los problemas epistemológicos del derecho, como su cientificidad, el formalismo presente en el propio conocimiento jurídico y el abandono en que se encuentra la discusión acerca de los contenidos de los ordenamientos positivos. | <ul style="list-style-type: none">• Tener las mismas funciones que la teoría del conocimiento jurídico, dado que la distancia y diferencia entre éstas se aproximan tanto que casi se identifican. Así pues, permite la construcción de la teoría del derecho.• Producir la dinámica de desarrollo del método o los métodos del derecho, su modificación, elaboración y perfeccionamiento. En este sentido, su reflexión contribuye al perfeccionamiento y evolución de las teorías del derecho; correspondientes a las distintas formas en que se entiende la realidad jurídica. |
|---|--|

En conclusión, existe una relación estrecha entre la teoría del conocimiento jurídico y la metodología jurídica. La metodología jurídica toma como base la teoría del conocimiento jurídico y ambas, en su proceso de construcción, contribuyen en la elaboración de las diversas teorías del derecho.

Marco teórico conceptual para la elaboración de cada teoría

Tanto la teoría del conocimiento jurídico como la metodología jurídica participan en la elaboración del marco teórico conceptual de cada teoría.

Pero, ¿qué es el marco teórico conceptual? Es el conjunto de conocimientos teóricos, prácticos y conceptuales, así como teorías ya elaboradas, pero que pueden ser replanteadas. El marco comprende la revisión y recopilación exhaustiva de informaciones, conocimientos previos existentes, las formulaciones o conocimientos propios, los cambios de paradigmas —necesarios en ocasiones para avanzar en un nuevo conocimiento—, los cuestionamientos de las teorías existentes, la propuesta de nuevas construcciones teóricas y conceptuales, etcétera.

Todo lo anterior es necesario para la construcción o elaboración de cada una de las teorías; de hecho, la elaboración de una teoría será tanto o más consistente, en cuanto el marco teórico conceptual sea más consistente.

De ello se puede concluir que el marco teórico conceptual es una construcción *sine qua non* se puede elaborar una teoría; de tal manera que también la teoría construida debe estar acorde con el marco teórico conceptual y de su congruencia dependerá la solidez de la teoría construida.

Finalmente se puede afirmar que en la elaboración del marco teórico conceptual para la elaboración de las teorías del derecho interviene tanto la teoría del conocimiento jurídico como la metodología jurídica correspondiente; de tal manera que las diversas teorías del derecho elaboradas tendrán la fundamentación que muestren sus construcciones epistemológicas y metodológicas que las sustentan.

Participación de las teorías del derecho en la construcción de la ciencia jurídica

Las teorías del derecho pretenden convertirse en explicaciones totalizadoras de la realidad, en el caso del derecho, de la realidad jurídica, o en explicaciones de lo qué es o de qué comprende al derecho.

Debemos, por lo menos en forma introductoria, explicar qué es o qué estudia la teoría del derecho, para después exponer cómo participa la teoría del derecho en la construcción de la ciencia jurídica. Ello supone que ya se sabe qué es o qué estudia la ciencia jurídica, cuestión que se abordó en el tercer capítulo del libro.

La teoría del derecho estudia el derecho, eso es sencillo de suponer; sin embargo, el problema es comprender qué es el derecho, lo cual, como se afirmó reiteradamente en los primeros capítulos, es una realidad compleja.

Plantear el problema de qué es el derecho es indagar sobre su realidad ontológica, es decir, sobre todo lo que el derecho es o puede comprender. En este sentido, habrá que preguntarse, ¿qué es el derecho? Las respuestas, como es de imaginar, pueden ser tan simples o tan complejas como sean los cuestionamientos.

Si se piensa un poco más allá de lo inmediato, podría contestarse que el derecho es:

- Una normatividad, ley, derecho positivo, y éste sería su manifestación más tangible, más inmediata, más útil, etc. Así también es posible decir que no sólo es normatividad y que el derecho no se reduce a una simple manifestación normativa.
- Una realidad social, es decir, una construcción humana, la cual se produce por la necesidad social que plantea la convivencia e interrelación entre las personas. Asimismo, es la forma ordenada y ordenadora que garantiza y facilita la vida en común, pues en su aspecto social, el derecho obedece y surge por las necesidades que plantea la comunidad.

Las conductas y los comportamientos de dicha comunidad son los que inspiran y promueven que surjan las normas, las cuales una vez establecidas regresan al grupo social y prueban su eficacia. En este sentido, el derecho se ha de explicar en términos del contexto o realidad social, de lo contrario carece de sustento.

- Una valoración, es decir, es justicia, libertad e igualdad. El derecho se homologa a la justicia, pues resulta contradictorio que el derecho sea injusto, ya que es parte de un orden racional y, como tal, obedece a un orden coherente a los objetivos superiores derivados de la racionalidad humana, la cual se encuentra naturalmente orientada a las relaciones de justicia, libertad, igualdad, entre otras valoraciones que pretenden alcanzarse en pro del bien propio y del comunitario.
- Un instrumento que ayuda a solucionar conflictos originados en la vida comunitaria, en función de lo cual el derecho se construye como normativa primordial para solucionar conflictos surgidos de la convivencia diaria y crea, de manera subsidiaria, los órganos del Estado que serán los encargados de dar solución a los conflictos surgidos, atribuyéndose para sí el monopolio de la coacción.

No es fácil decir qué es el derecho y, por ende, tampoco es sencillo entender qué es la teoría del derecho y qué debe estudiar. Existen distintas y variadas concepciones sobre qué es el derecho y no hay acuerdo sobre el tema, como tampoco hay acuerdo sobre lo que es la ciencia jurídica. De esto se originan una gran cantidad de concepciones y desarrollos acerca de la teoría del derecho y de la ciencia jurídica.

La teoría del derecho contribuye y participa en la construcción de la ciencia jurídica, la cual estará acorde a la teoría del derecho de la cual emana. En pocas palabras, no puede construirse la ciencia jurídica, si no existe una teoría del derecho que la sustente.

La ciencia, como se recordará, tiene como elementos estructurales (el objeto, el método y la teoría), por lo que si alguno de estos elementos falta, la ciencia no puede existir. Anteriormente ya se había explicado que la realidad es el objeto de estudio de la ciencia, que el método expresa la forma en que el sujeto se acerca al conocimiento del objeto y que a la teoría, espina dorsal de la ciencia, le corresponde un papel integrador de los datos, informaciones, hechos, proposiciones y principios, los cuales vistos de manera aislada carecen de sentido y significado. Luego, entonces, la teoría integra todos estos elementos para elaborar una explicación totalizadora del objeto de la ciencia.

Si esta misma reflexión es aplicada a la teoría del derecho y a la ciencia jurídica, hallamos que la participación de la teoría del derecho en la construcción de la ciencia jurídica es de suma importancia: sin una no puede existir la otra.

Por el momento sólo es posible señalar que las diferentes posturas de la teoría del derecho incidirán en las distintas concepciones acerca de la ciencia jurídica; sin embargo, la discusión acerca del derecho y de la ciencia jurídica no es algo acabado. Precisamente sobre las teorías del derecho y sobre la problemática de la ciencia jurídica existe bibliografía abundante.

Inclusive no hay un acuerdo entre los juristas sobre qué debe estudiar la teoría del derecho. Miguel Villoro Toranzo dice:

La Teoría General del Derecho (=TGD) parte del presupuesto que el derecho es una realidad razonable, que es una realidad coherente. Tal vez esta afirmación no se hace explícitamente. Tal vez si se formula explícitamente —como lo acabamos de hacer— la primera reacción de algunos, sobre todo de aquellos educados en el empirismo más estricto, es la de disgusto. Pero el hecho es que ni hay ni puede haber una TGD si no se admite que la realidad profunda del derecho es la de ser un orden racional. Si a algo se opone la TGD es a lo arbitrario, a lo caótico, a lo carente de racionalidad.

En efecto, la misma palabra *teoría* quiere decir una explicación coherente que es propuesta por alguien con el fin de entender algo. “Tener una teoría sobre un fenómeno” significa poseer una interpretación racional de ese fenómeno. La TGD tiene, por lo tanto, la pretensión de proponer un orden racional apto a servir de instrumento para entender la multiplicidad de los fenómenos jurídicos bajo el punto de vista que subraye

lo que tienen en común, la coherencia que los relaciona, la subyacente estructura lógica que les sirve de enlace.⁸

TEORÍAS DEL DERECHO

La teoría del derecho se ocupa de encontrar y descifrar lo jurídico para, a partir de ahí, construir las categorías jurídicas y los conceptos jurídicos fundamentales. Sin embargo, para emprender esta tarea es necesario que la teoría del derecho precise —surge otra vez la pregunta— qué es el derecho y en función de lo que se entienda por derecho se construirá la teoría correspondiente.

Precisamente en este punto es donde se encuentran las divergencias, ya que identificar lo que es el derecho supone adoptar alguna postura filosófica, lo cual conduce irremediablemente a distintas nociones. El resultado produce distintas teorías del derecho, y algunas de ellas son consideradas parciales por sólo aludir a algún aspecto y no verlo como una realidad integral.

Las teorías que parten de filosofías limitadoras de lo que es el derecho suelen ser válidas en lo que afirman, pero incompletas en la medida en que dejan de lado otros aspectos de la realidad jurídica.

Vale decir que para identificar la teoría del derecho que se estudia o la que se va a desarrollar o proponer en una investigación, el punto de partida será cuestionar qué es el derecho y a partir de la respuesta que se dé se dará la orientación y el contenido de la teoría del derecho estudiada o propuesta.

Por lo común los libros de teoría del derecho inician discutiendo qué es el derecho o asumiendo una u otra concepción del derecho. Así ocurre en la obra de Norberto Bobbio, quien inicia su texto diciendo:

El enfoque que aquí se sigue para el estudio del derecho es el *normativo*. Con esto entiendo que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: *la experiencia jurídica es una experiencia normativa*.⁹

⁸ Miguel Villoro Toranzo, *Teoría General del Derecho*, Porrúa, México, 1989, p. 1.

⁹ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 15.

Otros autores, no obstante, evitan tocar el problema de qué es el derecho o simplemente reconocen la dificultad que entraña el problema, aunque la teoría del derecho que desarrollan resulta evidentemente normativista.

Quienes afrontan el problema de qué es el derecho en sus textos, se encuentran con varias dificultades, sobre todo con el hecho de que la palabra derecho misma alude a muchos significados o toma muchos sentidos, y se identifica con una orden, un mandato, la propia ley e inclusive llega a utilizarse como sinónimo de ley y, por supuesto, se identifica con la propia disciplina que lo estudia.

Sin duda, la teoría del derecho toma como punto de partida la concepción del derecho de la cual parta y se desarrolla acorde con ella, por lo que no es de extrañar que, quienes consideran el derecho como normatividad, desarrollarán en su teoría del derecho una teoría de las normas, y además se ocuparán de temas como el derecho objetivo, el derecho subjetivo, el mundo del ser y el mundo del deber ser, la relación jurídica, la validez del derecho y la eficacia, por mencionar algunos.

No obstante, hay que agregar a esta discusión la que se origina en la especulación acerca de cuál es el objeto de la teoría del derecho y en qué se diferencia de la filosofía del derecho. Al respecto podemos decir que el objeto material de estudio de ambas es el derecho, pero la diferencia radica en el objeto formal.

En efecto, el derecho es el objeto material de muchas disciplinas, como puede ser la sociología, la historia, la filosofía, la teoría del derecho, pero se distinguen por el aspecto que estudian del mismo, es decir, por su objeto formal, pues mientras a la sociología le interesan algunos aspectos del derecho, a la filosofía o a la teoría del derecho le interesan otros. Así pues, por ejemplo, la filosofía del derecho se interesa en la realidad jurídica como realidad última, es decir, ontológica.

Por su parte, la teoría del derecho está interesada en las causas más próximas del derecho, partiendo, por supuesto, del estudio del derecho positivo, pero no de un derecho positivo en particular, sino de la globalidad de los derechos positivos para buscar en ellos las constantes conceptuales, el orden racional, los principios o postulados ordenadores y los conceptos generales.

Sin embargo, los juristas no están de acuerdo con esto, pues a mediados de 1950 surgieron pensadores que propusieron que la teoría del derecho sustituye a la filosofía del derecho. Estos pensadores mencionan o aluden que esto se debe al desarrollo

de la especialización en los últimos años en todos los ámbitos del saber y también en la filosofía.

Al respecto, G. Robles señala:

Esto último plantea serios problemas al filósofo, puesto que ¿hasta qué punto una filosofía “especializada” no es una negación de sí misma? Pero, por otro lado, el viejo imperativo totalizador o universalista se muestra hoy como tarea casi imposible, además de agobiante. No es de extrañar que a la vista del panorama, se haya optado por predicar la muerte de la filosofía, y con ella, la muerte de la filosofía del derecho. Así, según Ralf Dreier, en la Alemania de hoy parece dominar un sentimiento general que podría ser expresado de la siguiente forma: “La Filosofía del Derecho ha muerto, viva la Teoría del Derecho”. Pero esta fórmula no constituye tampoco una solución, si con ella se consigue que los problemas que afectan a la Filosofía del Derecho se trasladan a la Teoría del Derecho.¹⁰

Las anteriores reflexiones muestran la complejidad a la que se enfrenta la teoría del derecho, no sólo en cuanto a la diversidad de opiniones que darán origen a gran cantidad de teorías del derecho, sino también en cuanto al contenido y objeto de estudio que se le asignan.

Con base en lo anterior, podemos sugerir las siguientes conclusiones de lo que, en opinión de algunos juristas, se debe ocupar la teoría del derecho:

- Se interesa por el estudio lógico-deductivo de la normatividad; sin embargo su objeto no consiste solamente en eso.
- Aunque el análisis lógico de las normas no es lo más importante dentro de la teoría del derecho, juega un papel de suma importancia que es indiscutible e insustituible.
- Además de ocuparse del desarrollo conceptual de las normas, debe enfrentarse al problema de los contenidos de las normas jurídicas.
- Debe proponer la búsqueda de la esencia de lo jurídico, el concepto genérico y esencial del derecho, por lo que debe cuestionar en qué consiste el derecho, qué tipo de realidad es, cuáles son sus notas constitutivas. Por lo mismo, debe poner de manifiesto la estructura del orden jurídico, su vinculación con las normas morales, con las

¹⁰ G. Robles, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1996, pp. 15-16.

del trato social, proponer y aclarar los conceptos jurídicos fundamentales de carácter formal, abstrayéndolos de los contenidos concretos de los derechos positivos.

- Se ocupa de lo *a priori* formal de lo jurídico, es decir, tiene un aspecto formalista que resulta necesario. Es necesario por la sencilla razón de que las normas una vez promulgadas son obligatorias y para su aplicación, este estudio formal de las mismas, es inevitable.
- Elabora una doctrina general de los contenidos jurídicos, no de los contenidos concretos de los derechos positivos singulares, sino de los contenidos jurídicos en general.

Origen de las teorías del derecho

El origen de las teorías científicas en general se remonta al origen de la ciencia misma, es decir, al mismo tiempo que se cultiva la actividad científica se van originando las diversas teorías de la ciencia y, llegado el momento de madurez de la ciencia, éstas van haciéndose independientes y autónomas, lo cual genera que sus propuestas impulsen el desarrollo científico.

Del mismo modo ocurre con la ciencia jurídica, donde las teorías del derecho son tan antiguas como la especulación jurídica. De hecho, es posible ubicar las primeras especulaciones teóricas acerca del derecho en la antigua Grecia, donde se discutía si el derecho y la justicia obedecían a principios universalmente válidos en todo tiempo y lugar o si obedecían a acuerdos arbitrarios, lo que hacía que las normas fueran variables.

Paulatinamente la teoría del derecho cobró vida propia e independiente, separándose del derecho positivo, aunque vinculado a él, y de la especulación filosófica, pero tomándola como fundamento.

El término teoría general del derecho o teoría del derecho —también está en discusión— es un término producido por el positivismo a finales del siglo XIX en sustitución del término filosofía del derecho, el cual se identificaba con la doctrina del derecho natural.

En efecto, para los juristas ha sido una preocupación frecuente separar la filosofía del derecho, la teoría del derecho y la dogmática jurídica; pero también se preocupan por explicar sus relaciones.

El término *teoría del derecho* se produce a causa de la pretensión científica del derecho; desde mediados del siglo XIX surge el positivismo y, con él, se desarrolla y justifica la actividad científica; así que el derecho no podía quedar al margen de dicha actividad.

En efecto, dado el éxito de la ciencia natural, se elevó al derecho a rango de ciencia. Así también, a principios del siglo xx se dividieron las ciencias, generándose la rama de ciencias de la cultura o del espíritu, donde fue colocado el derecho. Empero, también surgieron voces que le negaron a la jurisprudencia el carácter de ciencia, por su objeto cambiante, como son las normas positivas.

Ante estas circunstancias, se estima que la única ciencia posible del derecho es la sociología del derecho, como una ciencia de los hechos o, en su caso, una teoría del derecho que se ocupa de las relaciones lógicas de los fenómenos jurídicos, mas no del contenido de tales normas. Detrás de este concepto de teoría del derecho se encuentra una concepción positivista de la ciencia y, por supuesto, una visión positivista del propio derecho.

El desarrollo de la teoría del derecho cobró ímpetu y tomó verdadera independencia a partir de Savigny, pues éste toma como objeto de estudio el problema metodológico del derecho, trabajando seriamente el método de la jurisprudencia y desatando la discusión metodológica del derecho y el surgimiento de las distintas teorías del derecho que se ocupan de problemas dispares, entre los que se pueden mencionar el concepto y la naturaleza del ordenamiento jurídico, el estudio de las leyes singulares, el problema del método para elaborar leyes y, en general, las decisiones de carácter racional, el problema de hasta qué punto son formalizables las leyes, y hasta qué punto es justo nuestro ordenamiento jurídico.

Savigny funda la que se conoce como escuela histórica del derecho, proponiendo una combinación del método histórico y el sistemático en el análisis del derecho, el cual se explicará brevemente en el siguiente apartado.

A partir de la teoría de Savigny surgen otras teorías del derecho, las cuales continúan utilizándose hasta nuestros días.

Evolución: aspectos contemporáneos

Desde la aparición de la escuela histórica de Savigny, se ha visto una evolución de la teoría del derecho que, ya sea desde una orientación de carácter positivista o una de carácter iusnaturalista, han pretendido explicar el derecho en su totalidad. Estas orientaciones han producido una gran cantidad de doctrinas o escuelas del derecho, inspiradas en las más diversas posturas filosóficas.

A continuación se expondrán, en forma breve, algunos aspectos de la evolución de las teorías del derecho, tocando los puntos más relevantes según sus principales representantes, esto con la finalidad de dar una visión panorámica de la evolución que

ha tenido la teoría del derecho. Posteriormente se puntualizarán los nuevos retos que enfrenta.

La evolución de la teoría del derecho se puede remontar a las primeras discusiones acerca del derecho, iniciadas en la antigua Grecia. Sin embargo, en estricto sentido la teoría del derecho como tal aparece a partir de la propuesta de Savigny, ya que este jurista separa la vieja concepción de la filosofía del derecho, identificada con la doctrina del derecho natural, del estudio sistemático del derecho.

La evolución de la teoría del derecho se ha dado de la siguiente manera:

- *Teoría histórica del derecho.* Se conoce así a la escuela o teoría histórica del derecho propuesta por Friederich Karl von Savigny (1779-1861), quien propone una combinación del método histórico y el sistemático. El primero, esto es, el método histórico, dice que cada ley proviene de una situación determinada. En cada pueblo se desarrollan ciertas tradiciones y costumbres que acaban por convertirse en normas jurídicas y sólo mediante el estudio de estas costumbres puede descubrirse el verdadero contenido del derecho. Mediante el método sistemático se puede comprender el derecho o la totalidad de las normas jurídicas como un todo coherente. De acuerdo con esto, el derecho no puede ser una creación arbitraria del legislador, sino producto de las “fuerzas internas que operan silenciosamente”, sus verdaderas fuentes son la fe popular y la costumbre, combinadas con la jurisprudencia científica y la acción de los profesionales del derecho. El derecho, al igual que el idioma, no es producto de una voluntad arbitraria, sino de un crecimiento lento, gradual y orgánico.
- *Jurisprudencia de conceptos.* Derivada de la teoría histórica del derecho, surge la denominada genealogía de conceptos de Puchta, quien encaminó la ciencia del derecho por la vía del sistema lógico hacia una pirámide de conceptos. Puchta mismo dice:

Las normas jurídicas particulares que forman el derecho de un pueblo se hallan entre sí en una conexión orgánica, que ante todo se explica por su procedencia del espíritu del pueblo, ya que la unidad de esta fuente se extiende a lo por ella producido. [...] la misión de la ciencia del derecho es conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose unas a otras y procediendo unas de otras, a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio y asimismo descender los principios hasta sus últimos vástagos. En esta operación, las normas jurídicas se hacen conscientes y se sacan a la luz del día las que, ocultas en el espíritu

del derecho nacional, ni han aparecido en convicción inmediata de los miembros del pueblo y en sus acciones, ni en los veredictos del legislador, que, por tanto, sólo se hacen visibles como producto de una deducción científica. De este modo, la ciencia se añade como tercera fuente del derecho a las dos primeras; el derecho, que mediante ella surge, es derecho de la ciencia, o, por ser sacado a luz mediante la actividad de los juristas, derecho de los juristas.¹¹

A la teoría de la jurisprudencia de conceptos pertenecen la teoría de Jhering, el positivismo legal racionalista de Windscheid y la denominada “teoría objetiva de la interpretación”.

- *Teoría del derecho bajo la influencia del concepto positivista de ciencia.* En la segunda mitad del siglo XIX, el positivismo invadió el mundo y se suscitó un apasionado seguimiento de sus postulados. En el derecho, desde la postura positivista, se presenta el surgimiento y rápido desarrollo de la codificación, lo que originó un verdadero culto por la misma. Debido a ello, la ciencia del derecho abandonó el mundo de la filosofía y comenzó a acercarse al positivismo, lo que hizo que se pretendiera elevar al derecho a una ciencia verdadera. De la influencia del positivismo en la teoría del derecho surgen:

- a) *La teoría psicológica del derecho de Bierling*, la cual intenta descubrir lo que es similar en cualquier clase de derecho, oponiéndose a los derechos particulares: “[...] descubrir y oponer coherentemente lo que es similar en todo Derecho positivo o, con otras palabras, lo que pertenece al género ‘derecho’ —en contraposición a todos los Derechos particulares concretos—”.¹² Este derecho se entiende como un concepto genérico deducido del material empírico, eliminando lo que pertenece a cada derecho positivo particular. Bierling expresa esto diciendo que “[El] derecho, en el sentido jurídico, es todo lo que los hombres que conviven en cualquier comunidad, reconocen mutuamente como norma y regla de esa convivencia. Los elementos esenciales de este concepto de derecho son la ‘norma’ y el ‘reconocimiento mutuo’. El primero es

¹¹ K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 41.

¹² En su obra *Juristische Prinzipienlehre*, 5 tomos, 1894-1917. Citado por K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 60.

la expresión de un querer, que espera ser realizado por otros; mientras que el reconocimiento mutuo significa un comportamiento duradero habitual".¹³

- b) *La jurisprudencia de intereses*, cuyo principal exponente es Heck, considera el derecho como protección de intereses, esto es, los preceptos legales no sólo están dirigidos a delimitar intereses, sino que ellos mismos son producto de intereses. Su postulado metódico fundamental es conocer con exactitud los intereses reales que generan la ley y tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso. Para llegar a una decisión justa, el juez debe averiguar cuáles son los intereses que trataba de proteger el legislador mediante la disposición legal.¹⁴
- c) El *movimiento del derecho libre* surge a principios del siglo xx y postulaba que el juez, para resolver un caso, debe valorar las convicciones éticas y las opiniones sociales predominantes. Debe examinar, ponderar y contrapesar, en caso de ser necesario, los intereses en conflicto para dictar una sentencia que sea acorde al sentido de justicia dominante en la sociedad.
- d) *Teoría pura del derecho*. Su creador Hans Kelsen, tal vez uno de los más grandes juristas, llevó la teoría del derecho a su máximo desarrollo. Esta teoría significó la entronización del positivismo o formalismo jurídico, ya que se ocupó más de la forma del derecho que de su contenido, y es una de las teorías más influyentes de nuestros días. Con esta teoría se pretende liberar a la ciencia del derecho de todos los elementos que son ajenos a ella. La teoría pura del derecho no se ocupa de los contenidos, sino de la estructura lógica de las normas jurídicas, examina el sentido, la posibilidad y los límites de un enunciado jurídico en general. Define la ciencia del derecho como el conocimiento de las normas.
- *Teoría de la ciencia del derecho*. Su mejor representante, Stammler, planteó la defensa de la jurisprudencia como ciencia. En el desarrollo de su teoría distinguió entre el concepto del derecho y la idea del derecho. *El concepto del derecho*, dice, ha de ser definido de tal manera que cubra todas las manifestaciones y formas posibles del derecho en la historia de la humanidad. Las normas de derecho, una vez establecidas, pueden tener una forma coactiva. Obligan, independientemente de la inclinación personal de cada ciudadano a seguirlas. *La idea de derecho*, por su parte, es la realización de la justicia, la cual postula que todos los esfuerzos

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ E. Bodenheimer, *Teoría del derecho*, FCE, México, 1988, pp. 208-209.

jurídicos se dirijan a la finalidad de alcanzar la armonía más perfecta de la vida social que sea posible conseguir dentro de las condiciones de lugar y tiempo, esto es, el contenido de una norma jurídica es justo si consigue producir una armonía entre los propósitos del individuo y los de la sociedad.

- *Teoría fenomenológica del derecho.* La aplicación del método fenomenológico a los objetos del mundo jurídico la realizó Adolf Reinach. Esta teoría plantea que las figuras jurídicas tienen su propio ser, como cualquier otra cosa, y este ser se da independientemente de que los hombres lo aprendan o no, y particularmente es independiente de todo derecho positivo. “Las figuras jurídicas, como, por ejemplo, pretensiones obligaciones, propiedad y otros derechos, dice Adolf Reinach, tienen un ser ‘lo mismo que los números, los árboles o las casas’; este ser es ‘independiente de que los hombres lo aprendan o no’, y particularmente es independiente de todo Derecho positivo”[...] “El derecho positivo está dado en los conceptos jurídicos que le corresponden, en modo alguno los genera.” “Estos conceptos tienen una estructura propia, sobre la cual son posibles enunciados apriorísticos.” “El derecho positivo puede aceptarlos en su propia esfera o apartarse de ellos, pero no puede afectar su propia consistencia.” “Más bien, la estructura del derecho positivo puede ser sólo comprensible mediante la estructura de la esfera jurídica extrapositiva. En esta esfera encontramos objetos de índole peculiar, objetos que no pertenecen a la naturaleza en sentido propio, es decir, que no son ni físicos ni psíquicos y que, al mismo tiempo, se distinguen de todos los objetos ideales por su temporalidad.” De modo que “las pretensiones y las obligaciones surgidas de ello, duran un determinado tiempo y luego desaparecen otra vez”.

Las figuras jurídicas que Reinach observó “existen, por cierto, en relación a determinadas personas y en un determinado tiempo; sin embargo, sus *formas estructurales* tienen un ser extratemporal y, por ello, están dadas previamente por necesidad al derecho positivo como tal”.¹⁵

- *Teorías actuales.* Las posturas de la teoría del derecho en la actualidad oscilan de la jurisprudencia de intereses a la jurisprudencia de valoración. Reinhardt lo expresa de este modo: “[...] con poner de relieve los intereses y los conflictos de intereses, no se ha llegado todavía al núcleo del nuevo modo de consideración. Más bien se trata decisivamente de hallar los criterios de orden que determinan

¹⁵ Todas las citas del apartado “Teoría fenomenológica del derecho” fueron tomadas de Karl Larenz, *op. cit.*, pp. 134-135.

la evaluación de los intereses en cada caso”.¹⁶ “Reinhardt exige una investigación y sistematización de los criterios que han conducido a la resolución concreta del conflicto de intereses. Pero, al exigir una sistematización de las conexiones de orden, Reinhardt da un gran paso adelante respecto a la jurisprudencia de intereses, pues, cuando exige un análisis exhaustivo del orden jurídico para el descubrimiento de estas conexiones de orden, presupone que es inmanente al orden jurídico una conexión de principios básicos de orden, de los que también el legislador ha partido, consciente o inconscientemente, en sus valoraciones. Reinhardt expresa también claramente que estos principios de orden o pautas de valoración, que subyacen a las valoraciones realizadas por el legislador, no pertenecen a un mundo que pueda ser captado y apreciado con el concepto de causalidad.”¹⁷ Karl Larenz menciona que “en Coing se halla ya una fundamentación de la Jurisprudencia de la valoración que ya no parte de la jurisprudencia de intereses. El enlace entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica —arguye—, tal como se da en una regla jurídica completa, se basa en una valoración. Ésta la realiza el que establece la norma jurídica: el legislador, el juez, el jurisperito consultado. Es un juicio de valor y puede estar determinado por puros intereses del que decide, por consideraciones de oportunidad o de justicia. Mas, para ello, es importante que la norma jurídica, en cuanto sea posible, sea entendida e interpretada desde sí misma, y que no se convierta reiteradamente, al ser aplicada e interpretada, en objeto de decisión política”.¹⁸ Coing ve la misión de la jurisprudencia en “elaborar el contenido racional de los valores que sirven de base a la ley, porque sólo así el juez estará en situación de controlarse a sí mismo”.¹⁹

- Dentro de las teorías actuales del derecho destaca la *argumentación jurídico racional* de Kriele. “Wilhelm Kriele denomina método de argumentación jurídico racional aquel que en su opinión permite fundamentar de otro modo las decisiones jurídicas, sobre todo cuando éstas no pueden obtenerse sólo de la ley o de los precedentes; y éste es casi siempre el caso.”²⁰ Siempre que la ley no ofrezca

¹⁶ Reinhardt-Köning, *Richter und rechtsfindung*, 1957, pp. 17 y ss. Citado por Karl Larenz, *op. cit.*, p. 142.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Ibidem*, p. 144.

¹⁹ Coing, *Grundzüge im wertgebundenen Recht*, 1957, pp. 328 y ss. Citado por K. Larenz, *op. cit.*, pp. 144.

²⁰ *Ibidem*, p. 157.

una respuesta clara y convincente, es decir, cuando requiera interpretación, se debe recurrir a la argumentación jurídico-racional, el derecho obtenido de ella no es una interpretación entendida como explicación del sentido y analogía de la ley, sino una consideración jurídico-racional de las hipótesis normativas, quedando con ellas solucionados todos los problemas en la medida en que el legislador ordinario y el constituyente lo hayan resuelto.²¹

Efectos de la globalización en las teorías del derecho

Las teorías del derecho descritas brevemente en el apartado anterior, muestran las discusiones que se han dado al interior del derecho y reflejan la diversidad de puntos de vista que existen sobre el derecho y su aplicación a los casos concretos.

Este tipo de discusiones seguirán, sobre todo si pensamos en los retos que la teoría del derecho enfrenta en estos tiempos, ante las posibilidades que brinda el desarrollo de las comunicaciones y del conocimiento.

El rápido surgimiento y desarrollo de la integración económica, social, política, e inclusive jurídica, tal como está ocurriendo en Europa, plantea desafíos, no sólo a los sistemas jurídicos, sino a las propias teorías que los explican.

La internacionalización de las relaciones jurídicas, no sólo entre los Estados, sino entre los particulares, pone en tela de juicio un gran número de conceptos jurídicos que se consideraban, hasta hace poco, inamovibles. Entre estos conceptos se encuentran la soberanía y la territorialidad de los Estados.

Vivimos en una realidad y un mundo globalizado, de hecho el fenómeno de la globalización parece invadir la vida de los Estados y de las personas. La globalización ha alterado nuestra vida, todos sabemos que avanza y que, aunque recién ha comenzado, no se sabe, a ciencia cierta, a dónde llegará. Algunos afirman que se formarán bloques cada vez más amplios de integración; otros auguran la desaparición de fronteras; otros más hacen hincapié en la debilidad de los Estados, aún los poderosos, para enfrentar la problemática surgida por la capacidad operativa de las personas por el uso de las comunicaciones, que se refleja, no sólo en el ámbito financiero, comercial, fiscal, sino también en la capacidad operativa de las redes criminales, en todas las formas de delinquir posibles y que inclusive han puesto en jaque la seguridad de los Estados y han hecho manifiesta su incapacidad para combatir

²¹ *Loc. cit.*

la delincuencia, pero, sobre todo, han exhibido la vulnerabilidad de aquellos que se consideran poderosos.

La globalización también ha afectado la teoría del derecho, por ello hay que entender el término globalización, el cual se ha incorporado al lenguaje común y es el término más citado en diarios, revistas, en los noticieros, así como en los círculos políticos y académicos en la actualidad.

Abonemos, pues, algunas reflexiones al respecto. La globalización es un fenómeno principalmente económico, pero no exclusivo de la economía; más bien ha iniciado en ella a través de la construcción de redes de intercambio mundial, como nunca antes se había visto, y que no se limita al intercambio de bienes y servicios, sino que incluye capitales y personas. En pocas palabras, es un fenómeno de naturaleza compleja por la diversidad de sus componentes culturales, políticos, sociales y, por supuesto económicos, sino también por los factores normativos que demandan sus componentes.

El proceso de globalización conlleva una dinámica cada vez más amplia de interdependencia económica, política, cultural y social en las diversas sociedades; de tal manera que las actividades de la vida ordinaria se ven influidas por los hechos globales y también las actividades o hechos de los individuos, grupos y comunidades locales tienen repercusiones globales. Este fenómeno produce la construcción de redes cada vez más amplias que, a su vez, contribuyen a la construcción de la red social mundial.

La globalización ha dado origen al proceso de integración regional, al multiculturalismo o sociedad multiétnica, como la denomina Giovanni Sartori. Esta integración comprende desde la comercial hasta la integración casi plena, como sucede con la Unión Europea, al que algunos autores denominan un Estado-red. En este Estado-red, los conceptos de soberanía y territorialidad han sido modificados. En efecto, el Estado soberano va perdiendo soberanía, independientemente de cual sea su justificación.

En el ámbito jurídico de la globalización, a pesar de que nos encontremos en un Estado no integrado regionalmente, la creación de las normas, aun cuando se sigue haciendo dentro del ámbito territorial del Estado, no manifiesta las aspiraciones de los ciudadanos locales, sino que son influidas, en forma decisiva, por presiones de otros Estados —los Estados globalizados— o por grupos o actores transnacionales. Las normas así producidas no expresan los intereses ni las aspiraciones sociales, políticas y culturales de los ciudadanos que quedan vinculados a ellas.

Con ello queda claro que la globalización, en el aspecto jurídico, rompe los paradigmas de soberanía y territorialidad que fueron la base para la construcción del

sistema jurídico y político surgido en el siglo XIX, cuyo legado fue el Estado nacional, en el cual se deposita el monopolio de la coacción y es quien, a través de las normas jurídicas producidas por el órgano legislativo, evita la justicia privada de sus ciudadanos o de las personas que se encuentran en su territorio y garantiza la convivencia pacífica de sus ciudadanos.

Esta noción del Estado nacional, todopoderoso con el monopolio de la coacción bajo su mano, ha ido perdiendo validez, pues ahora se encuentra más débil que nunca y menos soberano que en toda su historia. Muestra de ello es el aumento de la violencia y la inseguridad, la falta de control de los flujos migratorios, los métodos alternativos para solucionar conflictos que han sido adoptados por los particulares, la debilidad económica y, en general, la incapacidad para controlar las fronteras, que han quedado a merced del contrabando, del narcotráfico, de los traficantes de personas y armas.

Este fenómeno hace desaparecer las fronteras entre lo público y lo privado. De modo que el Estado nacional actual ha cambiado en forma radical, defendiendo los criterios de eficiencia y productividad por encima de los criterios sociales de justicia e igualdad característicos de las democracias clásicas modernas.

Asimismo, la globalización produce la pérdida de gobernabilidad de los países subdesarrollados en beneficio de los dominadores del proceso de globalización. Los países en vías de desarrollo no tienen más remedio que acatar las decisiones que se toman en los cotos del poder y del desarrollo, so pena de ser bloqueados y sancionados internacionalmente, marginándolos del acceso a los beneficios que otorgan los organismos internacionales, tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, etc. Estos organismos dictan las decisiones monetarias y económicas que se seguirán y presionan a los países subdesarrollados para que adopten determinados modelos al margen de sus decisiones soberanas.

El fenómeno de la globalización, como es fácil advertir, plantea muchos problemas que deben ser explicados por la teoría del derecho, como son la soberanía y la territorialidad del Estado, y hacer una profunda reflexión sobre el Estado nacional.

Específicamente podemos mencionar que los problemas más importantes que la teoría del derecho tiene que explicar en el marco de la globalización son:

1. *El papel del derecho constitucional en el nuevo orden mundial.* Los principales retos del derecho constitucional giran en torno a la debilidad del constitucionalismo, pues es evidente la imposibilidad de mantener inalterable una constitución,

sobre todo en aquello que está relacionado con el Estado social, ya que sus presupuestos materiales han sido derribados por la globalización; ante tal circunstancia, se prevé un constitucionalismo más flexible. Sin embargo, también hay quienes abogan por un constitucionalismo más fuerte y de garantías, que defienda al Estado social que actualmente está en crisis.

2. *La defensa de los derechos humanos.* En apariencia todo mundo los defiende y los acepta pero sólo en el discurso; no obstante, su violación es constante. Estos derechos humanos, aceptados discursivamente, han sido vaciados de contenido y hoy día carecen de contenido reivindicatorio y de crítica. Ejemplo de ello es el triste papel de la ONU, ya que las resoluciones tanto del Consejo de Seguridad como de la Asamblea General, cuando no están acordes a la política de las hegemonías, son vetadas. Por esa razón surge el cuestionamiento de la democracia como reivindicadora de los derechos humanos y emancipadora de los pueblos.
3. *La ley comercial global.* Es una ley global sin legislador que, pese a depender de las instituciones legales existentes, exige el cumplimiento de las decisiones supranacionales, tomadas muchas veces por árbitros internacionales que carecen de vinculación con los Estados en los cuales tendrán efecto sus decisiones y que hacen referencia a prácticas comerciales.
4. *Derecho en Internet.* Esta modalidad del derecho abre la posibilidad de ampliar la actuación de los particulares más allá de sus fronteras, convirtiendo en realidad lo que se denomina derecho internacional privado en Internet, el cual plantea un gran número de problemas que no han sido resueltos o por lo menos no lo han hecho en forma satisfactoria. Entre los problemas que encontramos existe una carencia en la regulación y la inexistencia de un Estado que se subrogue el derecho de emitirla. Internet, en la práctica, se convierte en un lugar mejor y más globalizado, a él ingresan todos y es el paraíso de la no discriminación, sus participantes parecen carecer de identidad, lo que evidencia la debilidad de los Estados para establecer un control y regular. El mundo de Internet parece autorregularse.

La globalización, como puede observarse, plantea gran cantidad de problemas a legisladores, a teóricos del derecho y a los propios Estados. Estos problemas, por supuesto, parecen no tener una solución a corto o mediano plazos, antes bien tal parece que no sólo seguirán sin solución, sino que se multiplicarán y agudizarán.

Teorías del derecho en el siglo xxi

Sobre la cuestión de las teorías del derecho en el siglo xxi sólo se hará una breve reflexión. Los problemas que plantea la globalización a la teoría del derecho son múltiples, no sólo en cantidad, sino también en complejidad. Al parecer su solución no es cosa fácil, pues los nuevos problemas surgidos cuestionan los presupuestos teóricos que dieron nacimiento al Estado nacional, a la teoría jurídica y política del Estado moderno que aún nos rige.

La globalización y las posibilidades tanto de la ciencia moderna como de la tecnología actual nos hacen cuestionar conceptos como Estado, democracia, soberanía, territorialidad y otros muchos; así como los principios de carácter ético que fueron producto del modernismo y se convirtieron en el fundamento para explicar al derecho y al Estado moderno, la dignidad humana y los derechos fundamentales que, ahora, son cuestionables en su concepción y en sus límites.

El reto de las propuestas teóricas del derecho del siglo xxi, consiste precisamente en responder y solucionar las anteriores inquietudes, así como en encontrar los fundamentos del Estado y de la dignidad de la persona humana del posmodernismo.

En la actualidad, existe la pretensión de desarrollar una teoría del derecho con un enfoque sistémico; hay quienes auguran que ésta será la tendencia de los próximos años y, aun cuando no se quiera reconocer, existe una verdadera relación entre los distintos sistemas jurídicos nacionales, los cuales se interrelacionan, interactúan y se vinculan cada vez más sistémicamente. Esto lleva a pensar que los sistemas jurídicos de la modernidad, característicos de los Estados nacionales, se encuentran en crisis al ser incapaces de resolver los problemas que plantea el mundo globalizado y la era de la información característica de la revolución del conocimiento. Esta circunstancia hace patente que el sistema jurídico mundial, las instituciones internacionales creadas por él y los sistemas jurídicos nacionales se encuentran lejos del equilibrio (equilibrio que parece sostenido con alfileres) del nuevo orden internacional.

Es un hecho que la globalización está destruyendo al Estado nacional moderno, los Estados-nación cada día se van debilitando, y hay momentos que esta agonía parece rápida, mientras que en otros parece lenta, aunque agonía al fin y al cabo. El poder de las naciones parece declinar ante los grandes problemas de la globalización, pero también su poder declina ante los pequeños problemas que plantea el ciudadano común globalizado.

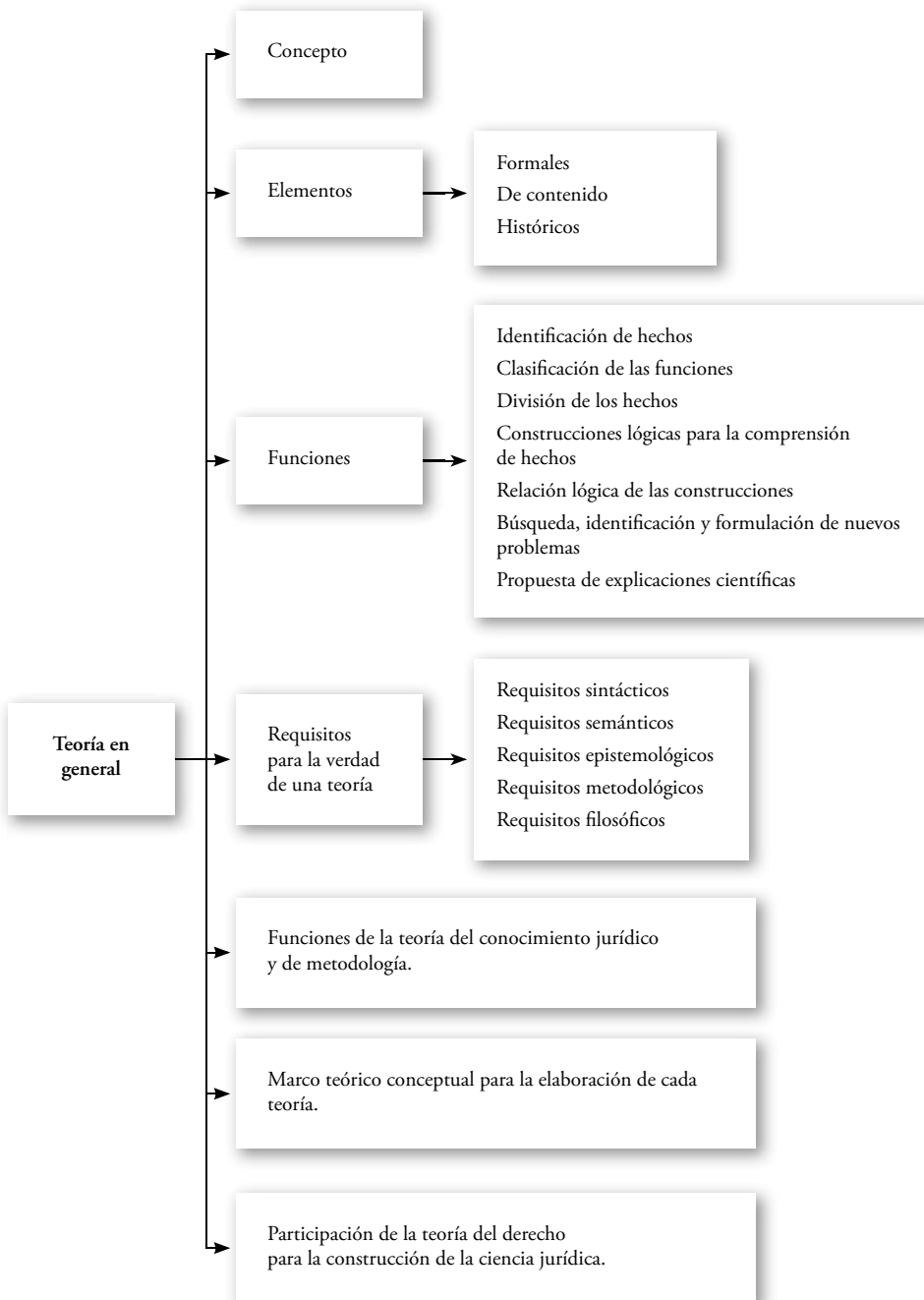
Ante estas circunstancias, las teorías del derecho del siglo xxi deben encontrar la justificación del Estado y proponer el derecho del futuro, uno que sea capaz de entender el nuevo mundo, bajo nociones dinámicas y complejas, tal como lo son las sociedades de esta nueva era de la información. En pocas palabras se requiere de un *derecho globalizado* o una *teoría global del derecho*.

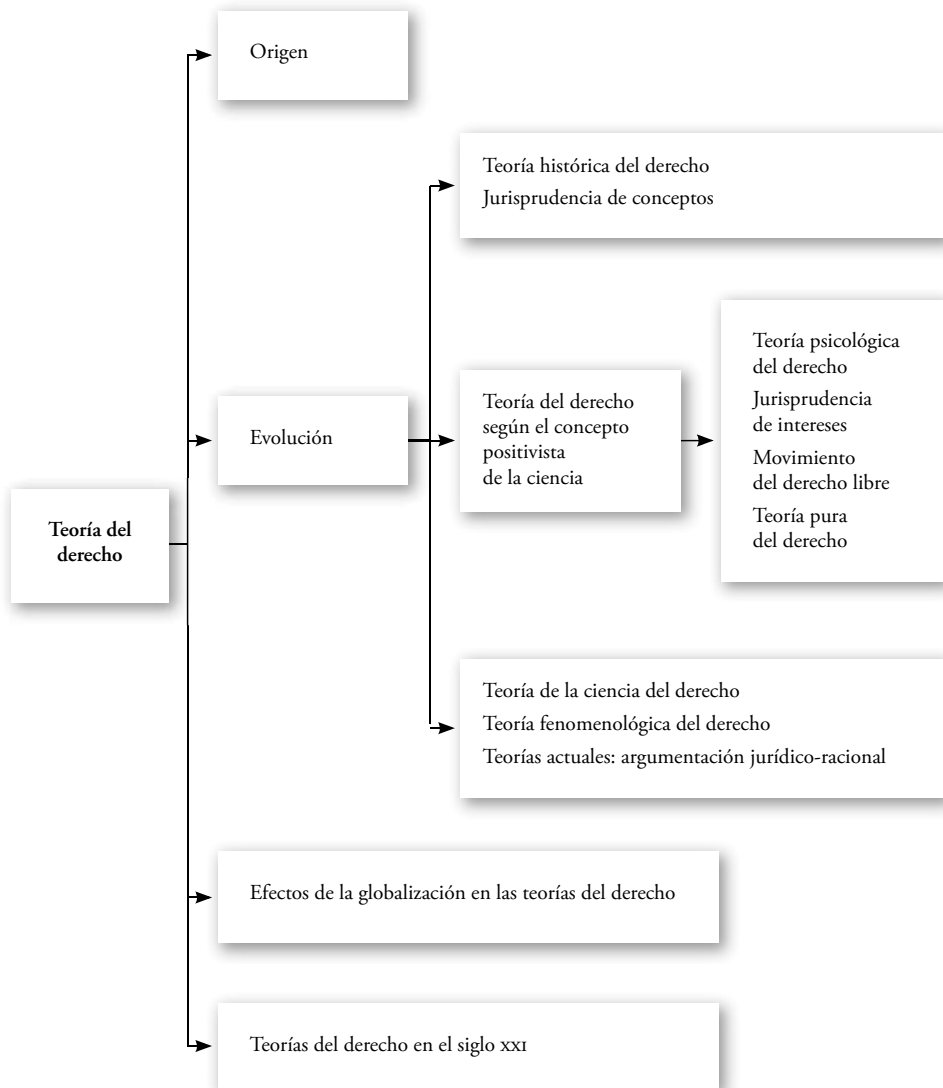
Las instituciones jurídicas de carácter trasnacional son un hecho, los Estados de la globalización viven en interdependencia y su ámbito de territorialidad cada día es más un concepto teórico que se desdibuja en la práctica.

En muchos casos, los Estados modernos actúan en el vacío, lo que los obliga a una cooperación más estrecha para hacer cumplir sus directrices nacionales y hacer realidad cuestiones tales como la recaudación de impuestos, la lucha contra el crimen globalizado, el control de los flujos migratorios, el respeto a los derechos humanos, el combate a los delitos cibernéticos, etcétera.

Los retos de la teoría del derecho del siglo xxi no son fáciles e implican desarrollar un nuevo marco conceptual, así como nuevas herramientas metodológicas y epistemológicas que hagan factible la construcción del concepto de Estado globalizado y del nuevo orden jurídico, que permita a los Estados encarar los pequeños problemas del ciudadano y los grandes problemas del mundo globalizado, así como contribuir en la construcción de nuevos marcos éticos, políticos y sociales de la nueva sociedad del futuro, del nuevo Estado y del derecho. Estos marcos conciliarán los intereses entre la orientación a la libertad y a la eficiencia y la orientación a los intereses sociales y a la igualdad, todo ello con el fin de alcanzar una sociedad eficiente pero con perfiles humanos.

Para finalizar este capítulo estudie los siguientes esquemas conceptuales.





ACTIVIDADES

Conteste el siguiente cuestionario:

1. Con base en los conocimientos anteriores, aclare qué es la teoría del derecho.
 2. Explique los elementos formales de la teoría.
 3. ¿Cuáles son los elementos históricos de la teoría?
 4. Identifique cuatro funciones que deben cumplir las teorías a través de los elementos.
 5. Explique cuáles son los requisitos epistemológicos de la teoría.
 6. ¿En qué consiste el desarrollo del conocimiento jurídico práctico?
 7. Explique el desarrollo del conocimiento jurídico-teórico.
 8. ¿Qué es la metodología jurídica?
 9. ¿Cuáles son las funciones de la metodología jurídica?
 10. Dentro del conocimiento jurídico práctico, ¿a qué se reduce la metodología jurídica?
 11. Identifique las funciones de la teoría del conocimiento jurídico en la formulación de las teorías del derecho.
 12. Identifique las funciones de la metodología jurídica en la formulación de las teorías del derecho.
 13. Diga con sus palabras cómo participa la teoría del derecho en la construcción de la ciencia jurídica.
 14. ¿Qué es la teoría del derecho?
 15. Mencione cuatro actividades de las cuales se ocupa la teoría del derecho.
 16. ¿Qué es la teoría histórica del derecho?
 17. ¿Qué es la jurisprudencia de conceptos?
 18. ¿Qué es la teoría psicológica del derecho?
 19. ¿Qué es la jurisprudencia de intereses?
 20. ¿Qué es la teoría pura del derecho?
 21. ¿Qué es la teoría de la ciencia del derecho?
 22. ¿Qué es la teoría fenomenológica del derecho?
 23. ¿Qué es la argumentación jurídico-racional?
 24. Explique algunos de los efectos de la globalización en la teoría general del derecho.
 25. Explique con sus palabras algunos de los elementos de la globalización que afectan la teoría del derecho.
-



6. *Conceptos jurídicos fundamentales*

Al finalizar este capítulo, el alumno:

- Comprenderá la definición de los conceptos jurídicos fundamentales.
- Entenderá el marco conceptual para la elaboración de cada teoría.
- Distinguirá los diversos conceptos jurídicos fundamentales.
- Entenderá las teorías del formalismo jurídico, el realismo jurídico, el iusnaturalismo contemporáneo y el positivismo analítico.
- Comprenderá los conceptos jurídicos fundamentales a través diversas teorías del derecho.

CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Uno de los temas capitales de la teoría del derecho son los conceptos jurídicos fundamentales, los cuales han sido estudiados por las distintas teorías del derecho y, de manera particular, han sido desarrollados por las diferentes escuelas del positivismo jurídico.

Este tema, que en algunas obras jurídicas se le asigna un lugar en la introducción al estudio del derecho, pertenece a la teoría del derecho y, puede afirmarse que se ha visto enriquecido por las aportaciones de los teóricos del derecho de las más diversas posturas y épocas.

No obstante, el desarrollo más importante sobre este tema tuvo lugar a partir de la última mitad del siglo xx, en el que con toda seguridad alcanzó su esplendor. Las destacadas aportaciones de teóricos del derecho y de juristas prácticos han traído la solidez de los conceptos jurídicos fundamentales.

Sin duda, el camino no ha sido fácil, pero la contribución de la teoría del derecho, a través del estudio y desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales, ha dotado al derecho de unidad y rigurosidad conceptual. Aunque ciertamente en el campo de la teoría del derecho la discusión acerca de los conceptos jurídicos fundamentales aún sigue vigente. Pero también, debe reconocerse que su estudio, ya se encuentra sólidamente establecido como parte indispensable en el estudio de la ciencia del derecho.

DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

♦ *¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?*

Como punto de partida, se debe tomar en cuenta que los conceptos jurídicos fundamentales han sido desarrollados al margen de cualquier tipo de derecho positivo o al margen de los contenidos legislativos específicos. En este sentido, se puede considerar que los conceptos jurídicos fundamentales han sido producto de una abstracción que, a partir de los contenidos normativos, trata de encontrar los conceptos generales que expliquen o justifiquen dichos contenidos independientemente de las disposiciones normativas.

Precisamente se consideran conceptos jurídicos fundamentales por estar encima de la legislación positiva, pero también por estar presentes en cualquier sistema jurídico, con independencia de cuál sea el contenido de la normatividad específica.

Por ello, se afirma que los conceptos jurídicos fundamentales se encuentran por encima de cualquier rama del derecho en particular (derecho civil, mercantil,

administrativo, laboral o penal) o de cualquier sistema jurídico y de su contenido normativo específico.

Estos conceptos, una vez desarrollados, toman vida propia y adquieren un desarrollo conceptual, teórico, independiente y sirven como base explicativa de los diversos sistemas jurídicos.

En este aspecto la teoría del derecho y sus exponentes explican los conceptos jurídicos, los acotan o amplían su significado, indagan las relaciones entre ellos y estudian sus criterios de aplicación. Con esto, contribuyen a la construcción conceptual del derecho, al margen del contenido concreto de las normas. De esta manera, la teoría del derecho favorece, desarrolla y contribuye con el estudio científico de lo jurídico.

No obstante lo anterior, la discusión acerca de cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales pareciera, *prima facie* (a primera vista), que el número de éstos es cuantioso, acorde con la complejidad conceptual que el derecho presenta. Sin embargo, los teóricos del derecho los reducen —labor que no ha sido fácil— a una pequeña lista, en torno a la cual gira toda la complejidad y amplitud conceptual del derecho.

Primeramente, para entrar en materia, cabe preguntar *qué son los conceptos jurídicos fundamentales*. Se puede afirmar que esta expresión se refiere a principios que se consideran esenciales o de primer orden en el derecho, y que son, valga la redundancia, principios que fundamentan todo o cualquier tipo de derecho, y lo hacen a tal grado que, sin el entendimiento de estos principios, resultaría imposible comprender la conexión, armazón o coherencia de un sistema jurídico cualquiera.

Precisamente ésa es la razón de que se consideren esenciales, esto es, son principios que necesariamente están presentes. Como lo expresa el jurista Eduardo García Máynez, los principios jurídicos fundamentales son:

Las categorías o nociones irreductibles, en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera.

[...] Queremos referirnos —continúa diciendo el autor— a los conceptos de supuesto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico y sujeto de derecho, que encontramos indefectiblemente en todo sistema.¹

¹ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1982, p. 119.

Por su importancia, el propio García Máynez los denominó conceptos jurídicos esenciales, esto es, sin ellos no se podría explicar la existencia del derecho y sería imposible entender todas las relaciones que regula y que son, a la postre, indispensables para entender el sistema jurídico.

Más adelante, en el apartado "Conceptos jurídicos fundamentales" se explicarán cuáles son estos conceptos y cómo operan en el sistema jurídico.

DEFINICIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS CONTINGENTES

Entender el sistema jurídico no es tarea fácil, más aún porque supone el dominio de gran cantidad de conceptos que amplían y complican el estudio del sistema jurídico; aunque muchos autores coinciden en señalar que los conceptos jurídicos fundamentales o esenciales —como diría García Máynez— son pocos comparados con la multiplicidad de conceptos presentes en todo el sistema.

En efecto, además de los mencionados conceptos jurídicos fundamentales, existen los *conceptos jurídicos contingentes*, los cuales independientemente de estar presentes o no, de variar o cambiar, no le afectarían al sistema jurídico en su esencia o existencia, aunque es cierto que lo enriquecen.

Estos conceptos jurídicos contingentes:

Son conceptos cuya presencia en el sistema jurídico es accidental o no necesaria y se encuentra condicionada por circunstancias históricas, sociales o culturales, que varían con el tiempo y lugar.

Los conceptos jurídicos contingentes son muchos y variables, en concordancia con las distintas sociedades y condiciones sociales de que se trate. Ejemplo de éstos son la esclavitud, ciertos delitos y, en general, una serie de figuras e instituciones jurídicas que en distintas épocas y lugares han existido y que son estudiadas, en forma específica, en las distintas legislaciones correspondientes en diversos tiempos y lugares.

ORIGEN E IMPORTANCIA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

El estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, además de la importancia que representa para la comprensión del derecho en general, es esencial en la teoría del

derecho; pero a pesar de ello no han sido estudiados de manera sistemática y uniforme. Por ese motivo cada autor hace su propuesta, lo cual provoca que haya una gran cantidad y enumeración de conceptos, no sólo entre autores, sino también entre las distintas teorías del derecho.

En el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales también es importante considerar que, por lo general, los autores no los tratan de manera explícita, por lo que se deducen de las diversas obras jurídicas.

Ahora bien, de la definición de los conceptos jurídicos fundamentales que enunciamos en líneas anteriores, se desprende que los conceptos jurídicos fundamentales *son las categorías comunes a todos los ordenamientos jurídicos, sin las cuales es imposible entender el derecho*. No obstante, cuando se leen obras de carácter jurídico y se estudia la legislación, los conceptos o términos empleados por los juristas son muchos y de tipos variados.

Lo anterior ha producido numerosos términos y expresiones usadas por los juristas tanto en su trabajo teórico como en su quehacer práctico. Pareciera haber un caos conceptual, de ahí la importancia de referir los estudios que han tratado de resolver esta situación.

Entre éstos, destaca el estudio realizado por W. N. Hohfeld (1879–1918), quien trató de esclarecer y determinar cuáles son los conceptos o familias de términos ligados y presentes, esencialmente, en todo orden jurídico.²

No obstante la complejidad que implica el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, aquí se intentará dar un acercamiento a ellos desde las distintas teorías del derecho que los han estudiado y siguiendo los autores más representativos.

Es importante recalcar que, en el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, sobresale Hans Kelsen y su teoría pura del derecho que, pese a no dar una referencia explícita, hace un tratamiento más que exhaustivo de ellos en el desarrollo de sus obras, las cuales son referencia obligada para quienes estudian estos temas.

En general, muchos juristas toman las obras de Kelsen como punto de partida para el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, bien para apoyar o complementar sus propios argumentos o bien para criticar al propio Kelsen.

² W. N. Hohfeld, *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, 23 Yale Law Journal, 16 (1913) New Haven, Connecticut. De esta obra existe traducción al español bajo el título *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1997.

EXPOSICIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DE CONFORMIDAD CON LAS TEORÍAS SIGUIENTES: FORMALISMO JURÍDICO, REALISMO JURÍDICO, IUSNATURALISMO CONTEMPORÁNEO Y POSITIVISMO ANALÍTICO

El estudio de los conceptos jurídicos fundamentales es complejo, pues, como ya se había expresado, cada autor y cada teoría del derecho realiza su propia propuesta, no sólo de cuáles y cuántos son los conceptos jurídicos fundamentales, sino también de cuál es el significado de cada uno de ellos según sus propios postulados epistemológicos.

Por otra parte, es necesario señalar algunas precisiones antes de entrar en materia:

- 1o. El presente trabajo está pensado para quienes se acercan por vez primera al estudio del derecho y, por consiguiente, no cuentan con las suficientes bases conceptuales.
- 2o. No todas las teorías del derecho mencionadas en el título de este apartado desarrollan los mismos conceptos jurídicos fundamentales y, cuando lo hacen, no los exponen de la misma manera.
- 3o. La teoría del formalismo jurídico es la que mejor ha estudiado los conceptos jurídicos fundamentales y por ese motivo es la más aceptada.

Por lo anterior, en el desarrollo de este apartado se seguirá, a falta de una mejor propuesta, el siguiente esquema:

- Explicación sucinta y clara de cada una de las teorías del derecho: formalismo jurídico, realismo jurídico, iusnaturalismo contemporáneo y positivismo analítico.
- Estudio y análisis de los conceptos jurídicos fundamentales más aceptados entre los diversos autores, realizando la consecuente referencia a las distintas teorías del derecho, cuando existan y sean importantes tales referentes.

Formalismo jurídico

El estudio del formalismo jurídico debe ubicarse dentro del positivismo jurídico por encontrarse estrechamente vinculados y ser el primero una derivación del segundo. Para facilitar su comprensión es preciso analizar, aunque en forma breve, el positivismo en general para después adentrarse en el ámbito del formalismo jurídico.

Tanto el término como el concepto *positivismo* fue acuñado por el filósofo Augusto Comte (1798–1852), quien en su obra *Curso de filosofía positiva* propone una doctrina científica y sociológica.³

El positivismo de Comte se caracteriza por sólo admitir como fuente de conocimiento los datos empíricos o de la experiencia, rechazando cualquier explicación metafísica de la realidad.

El positivismo, prácticamente desde su aparición, encuentra una rápida acogida, favorecido por el desarrollo científico de su tiempo y por el prestigio que habían adquirido las ciencias naturales.

Comte, al hablar de sociología, pretendía darle el mismo prestigio de que gozaban las ciencias naturales. La sociología propuesta por él buscaba tener el mismo carácter que las ciencias naturales, esto es, convertirse en una sociología positiva, lo que quería decir que fuera empírica e inductiva, y que debía estudiarse con las mismas reglas metodológicas que las ciencias naturales, como la física o la biología, garantizando con ello el resultado.

El pensamiento sociológico de Augusto Comte destacó una explicación del progreso humano, el cual se verifica dentro del orden social, lo que supone un gobierno y dominio de las pasiones contrarias a la paz y la cooperación.

El progreso, según la postura de Comte, perfecciona las estructuras permanentes de la sociedad, y entre estas estructuras se encuentran: la familia, la propiedad, la religión, el Estado.

De esto, Comte deriva dos aspectos: *el estático, que es el orden, y el dinámico, que es el progreso.*

La explicación de Comte destaca dos aspectos sociológicos:

1. La estática social, que estudia las leyes de coexistencia que determinan el orden y garantizan la conservación de la vida colectiva. Sin duda, en la estática social se encuentran las normas jurídicas.
2. La dinámica social, que estudia el movimiento de la sociedad cuya historia, comprende tres etapas (“ley de los tres estados”) que son:
 - a) La etapa teológica, caracterizada por el predominio de la fantasía o el mito y donde los fenómenos se explican aludiendo a seres sobrenaturales o divinos, hay una organización social homogénea, se desarrollan técnicas

³ Por esta razón se considera a Augusto Comte padre del positivismo y de la sociología.

domésticas, se organiza el culto y el clero, predominan los sacerdotes y los guerreros. En este estado, el poder espiritual pertenece a Dios o a sus representantes, mientras que el poder material recae en los jefes militares, los reyes o los emperadores.

- b) La etapa metafísica sustituye gradualmente la explicación del mundo referida a seres divinos por principios abstractos, contruidos lógicamente. Esta etapa o estadio es una transición entre la etapa teológica y la etapa positiva. El poder espiritual lo ejercen los filósofos y los jurisconsultos, e inicia el poder material del régimen y los grandes Estados.
- c) La etapa positiva rechaza las construcciones abstractas y se limita a la observación empírica de la realidad. La ciencia se propone aprender las relaciones constantes entre los fenómenos que expresan la coexistencia estática de los seres y su relación causal. En este estado, el nuevo tipo de sociedad pondrá el poder espiritual en manos de los científicos y el poder material en manos de los industriales.

Como podemos apreciar, este pensamiento aplicó, casi literalmente, la física para explicar la evolución de la sociedad y, aunque desde nuestra perspectiva puede ser criticable, trató de resaltar la evolución social que predominó desde la Edad Media hasta mediados del siglo XIX, donde el espíritu científico y las ciencias naturales tuvieron un desarrollo que no ha cesado hasta nuestros días.

El positivismo, con su actitud científica, tenía su mejor carta de presentación en el éxito indiscutible de las ciencias naturales a mediados del siglo XIX, aunado a los grandes descubrimientos de la física, la mecánica, la química, por mencionar algunas disciplinas.

Lo anterior suponía que al aplicar el método de las ciencias naturales a las ciencias sociales se producirían resultados igualmente sorprendentes, fructíferos y valiosos. Ésa es la razón de que los científicos sociales hayan adoptado sin vacilación el esquema, dando por hecho la supremacía de la ley de la causalidad en el dominio de la conducta humana; situación que como sabemos no es así.

El positivismo invadió prácticamente todos los campos del saber, incluyendo el derecho. En el ámbito jurídico, el positivismo asumió varias formas, por lo cual es muy difícil de estudiar, pues dentro de este positivismo jurídico se agrupan corrientes que se denominan positivistas analíticas, positivistas sociológicas, formalistas, voluntaristas o se agrupan todas aquellas corrientes que niegan el iusnaturalismo o todas aquellas que afirman que sólo es derecho lo expresado en la ley.

A mediados del siglo XIX la mayoría de los juristas tenía la convicción de ser positivistas, aun cuando la expresión positivismo jurídico apareció hasta finales del siglo. Por otra parte, el hecho de referirse al derecho positivo significaba el rechazo del derecho natural y la metafísica; este hecho fue una gran oportunidad para construir una verdadera ciencia del derecho, pero una ciencia entendida en el sentido positivista, que era el sueño de toda la vida de los juristas y con el auge del positivismo este sueño tomaba más fuerza, dado que la ciencia en la época representaba, no sólo el triunfo de la ciencia sobre la religión, la filosofía o cualquier otra forma de pensamiento ligada a la especulación, sino también daría a los juristas un gran prestigio.

De acuerdo con lo anterior, es posible agrupar bajo el calificativo de positivismo jurídico una gran cantidad de formas de pensamiento, por lo que es relevante tratar de caracterizar y establecer qué es el positivismo jurídico.

Para lograr lo anterior se empleará la tesis de Norberto Bobbio. Es necesario resaltar que, independientemente de cual sea la clasificación definitiva del positivismo, todos los estudiosos coinciden en señalar que Hans Kelsen es quien ha llevado esta postura a su máximo desarrollo; de tal suerte que cuando hoy día se habla de positivismo jurídico nos lleva a pensar inmediatamente en este jurista.

La mayoría de los juristas reconocen que el concepto de positivismo jurídico es vago, por lo cual bajo su sello se agrupan varias corrientes jurídicas que van desde la jurisprudencia analítica, la jurisprudencia de intereses, la teoría pura del derecho y las corrientes sociológicas del derecho hasta el realismo jurídico.⁴ En consecuencia, se esclarecerá el tema y se caracterizará la corriente conocida como positivismo jurídico siguiendo, como se mencionó con anterioridad, al maestro Bobbio.⁵

⁴ Sobre la vaguedad del *concepto positivismo jurídico* véase el texto del maestro Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho* (Ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 214), donde dice: “La ambigüedad del concepto de ‘positivismo jurídico’ no permite pues, vincularlo a una dirección determinada, sino que es un nombre común que cubre corrientes de signo muy diverso; dentro de él están la jurisprudencia conceptualista, la misma jurisprudencia de intereses, la vieja teoría general del derecho, la teoría pura del derecho de Kelsen que es su más cabal y depurada expresión filosófica, todas las corrientes ‘realistas’... y todas aquellas... que hacen de la ciencia jurídica un análisis del lenguaje jurídico. Estas doctrinas, y las del realismo —especialmente el de la escuela de Upsala— tienen el común denominador de su adhesión filosófica al ‘positivismo lógico’ y, últimamente, a la filosofía analítica”. Esto y dada la diversidad de posturas que cubre, el estudio del estudio del positivismo jurídico es complejo, por lo que es importante encontrar un hilo conductor común a todas ellas.

⁵ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.

El positivismo jurídico fue definido por el jurista húngaro Julius Moor, como:

Una concepción con arreglo a la cual el derecho es producido, en un proceso histórico, por el poder gobernante en la sociedad. En esta concepción es derecho sólo aquello que ha mandado el poder gobernante y todo lo que éste mande es derecho por virtud del hecho mismo que lo manda⁶

Tomando este concepto general del positivismo jurídico como punto de partida y siguiendo la obra de Bobbio, se puede afirmar que el positivismo jurídico puede comprenderse de las siguientes maneras:

- **Como un modo de acercarse al estudio del derecho:** Esto supone una concepción del derecho en la que es importante distinguir entre el derecho real o existente —derecho que es— y el derecho ideal —derecho que debería ser—, es decir, se debe diferenciar entre el derecho como hecho y el derecho como valor. En estricto sentido positivista, el primero, el derecho que es, prescinde de toda estimativa o valoración y para diferenciar entre un precepto jurídico de otro que no lo es se utiliza el simple hecho de su construcción, dado que el precepto jurídico proviene de órganos facultados para producir el derecho y siguiendo los procedimientos preestablecidos para tal efecto. De esta manera, el derecho no incluye consideraciones teleológicas, sino simplemente la consideración de que tales preceptos han sido creados por los órganos competentes, apegándose a los procedimientos legalmente prescritos, aun cuando no realicen ideales de justicia y libertad, ni garanticen la igualdad o el bien común.

En esta primera acepción de positivismo jurídico, dice el maestro Bobbio,

positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables[...] La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas; por ejemplo, la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que debido a esta inclusión está luego obligado —si quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)— a rechazar como

⁶ J. Moor, citado por Bodenheimer, E., *Teoría del derecho*, FCE, México, 1988, p. 307.

no jurídicas aquellas normas que no obstante emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar.⁷

Para el positivista sólo es derecho el derecho positivo, esto es, el derecho aplicable, vigente en una sociedad y tiempo determinado, creado de conformidad con las reglas establecidas, cumplido por la sociedad y aplicado por los tribunales. Sin embargo, lo anterior no significa que no exista un derecho ideal, proveniente de la naturaleza o de la razón humana, sino simplemente se niega que sea derecho en el mismo sentido que el derecho positivo.

Partir del derecho que es, continuando con la idea de Bobbio, más que del derecho que debe ser, es algo que cumple mejor la finalidad principal de la ciencia jurídica, o sea, brindar esquemas de decisión a los órganos jurisdiccionales y construir el sistema del orden vigente.⁸

- **Como una teoría del derecho:** De acuerdo con este criterio, el derecho se liga necesariamente al poder soberano —el Estado—, único capaz de establecer y aplicar sanciones. En efecto corresponde al Estado el monopolio de producir el derecho.⁹

A esta concepción del positivismo jurídico corresponde la “estatalidad” del derecho, cuya caracterización doctrinal, según el maestro Bobbio, se identifica por una serie de notas que son:

1. Relativa a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, que por derecho entiende un sistema de normas que se hacen valer por medio de la fuerza o que reglamentan el uso de ésta dentro de un conglomerado social.

⁷ Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 42.

⁸ Norberto Bobbio. *Giuridicismo e positivismo giuridico*, Edizioni Comunità, Milano, 1965, p. 112.

⁹ La caracterización del proceso del monopolio de producción del derecho es, para el maestro Bobbio, la ofrecida por Ehrlich en su obra sobre lógica jurídica, en la cual postula tres principios: 1) toda decisión judicial presupone la existencia de los preceptos que aplica; 2) tales preceptos son formulados por el Estado y 3) el conjunto de lo que el poder político crea y hace cumplir constituye una unidad. Sin embargo, cabe mencionar que, en opinión del jurista austriaco, lo que normalmente induce a cumplir los deberes jurídicos no es la amenaza de la coacción por el Estado, sino por una habituación inconsciente a las emociones y los pensamientos de su medio. “Las normas más importantes operan únicamente por medio de la sugestión. Le llegan al individuo en forma de mandatos o prohibiciones; van dirigidas a él sin explicar la razón en que se basan; y las obedece sin un momento de reflexión.” Ehrlich, *Fundamental principles of the sociology of Law*, Mill, 1936, p. 21.

2. Respecto a la norma jurídica hay que entender que los preceptos de derecho tienen el carácter de mandatos.
3. Respecto a las fuentes del derecho se sustenta la tesis de la supremacía de la legislación.
4. Acerca del orden jurídico como un todo es importante el atributo de la integridad y coherencia, es decir, en el derecho no hay lagunas ni antinomias.
5. El método de la llamada ciencia jurídica es, tanto para el jurista como para el juez, una tarea lógica o simplemente hermenéutica o un método dogmático.¹⁰

Es un hecho que las reglas de conducta que comprenden el derecho vigente en forma directa o indirecta son formuladas y hechas valer por el poder del Estado que tiene el monopolio de la creación y el de hacer valer la exigencia de las normas.

- **Como una ideología:** En este sentido, el positivismo jurídico consiste en atribuir al derecho que es, por el sólo hecho de ser, un valor positivo, al margen de las consideraciones valorativas referidas a lo justo o ideal. Lo anterior se fundamenta sobre todo en el argumento de que el derecho positivo, en virtud de emanar de la voluntad soberana estatal, es justo. Esto significa que la justicia o injusticia queda reducida a la validez o invalidez de la norma. Por otra parte, el derecho como conjunto de normas impuestas por quien tiene el monopolio de la fuerza en la sociedad (el Estado) es útil, por el sólo hecho de existir independientemente del valor de las normas, para la realización de fines valiosos para la sociedad como el orden, la paz, la seguridad y la justicia (obviamente la justicia legal, entendida como apego a la norma).

Como consecuencia, las disposiciones del derecho positivo deben ser obedecidas por sí mismas, y su acatamiento es un deber moral que emana del respeto a las leyes vigentes y no del temor a las sanciones.

¹⁰ El positivismo, según Bobbio, reduce la justicia a la validez, lo justo es sólo lo que es ordenado y por el hecho de ser ordenado. Bobbio, N., *op. cit.* p. 108.

Para un iusnaturalista, una norma no es válida sino es justa; para la doctrina opuesta la norma es justa sólo si es válida. Para unos la justicia es la consagración de la validez, para otros la validez es la justicia. A esta doctrina la llamamos *positivismo jurídico*, aunque debemos aceptar que la mayor parte de quienes en filosofía son positivistas y en derecho teóricos y estudiosos del derecho positivo (el término “positivismo” se refiere tanto a unos como a otros) nunca han sostenido una tesis tan extrema. Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1993, p. 43.

Norberto Bobbio dice al respecto:

El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el tránsito de la comprobación de un hecho a una valoración favorable del mismo; el sistema en vigor no es ya exclusivamente descrito e interpretado en forma objetiva, sino que se le acredita como un buen sistema o, abiertamente, como el mejor de todos. El efecto de este tránsito es la transformación del positivismo de teoría del derecho en teoría de la justicia, esto es, en doctrina que no quiere ya indicar qué es, en el plano práctico, el derecho, sino recomendar, lo que en el plano axiológico considera justo.¹¹

Tomando en cuenta la forma en que el derecho es establecido e impuesto y el fin al que sirve, sea cual fuere su contenido, tiene por sí mismo valor positivo, y sus prescripciones deben ser incondicionalmente acatadas.¹²

Lo anterior conduce a la concepción formal de la justicia y, como se afirmó antes, se enmarcan dentro del positivismo jurídico *las corrientes formalistas del derecho*. El positivismo jurídico conduce necesariamente al entendimiento y análisis del derecho como forma, en el sentido de que es justo lo que se ajusta a la forma de la ley e injusto lo que no lo hace.¹³

Según lo anterior el formalismo jurídico es:

1. Una teoría de la justicia donde, como se señaló, *es justo lo conforme a la ley e injusto lo que se aparta de ella*, conduce a una concepción legalista de lo justo. A esta concepción de la justicia se le denomina formal porque, de acuerdo con ella, un acto justo es el cumplimiento de la ley, sin cuestionar su naturaleza o el fin de la misma. Esta concepción legalista de la justicia es un criterio para distinguir los procederes jurídicos de los no jurídicos sin hacer referencia acerca de su justicia o su injusticia. Los defensores de la legalidad declaran, sin ambages,

¹¹ Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 111.

¹² *Ibidem*, p. 113.

¹³ Para Bobbio éste es un formalismo ético, según el cual el juicio ético es un juicio de conformidad de un acto con la norma que lo rige, de donde resulta que es bueno lo que se ejecuta para acatar la ley, y malo lo dirigido a violarla. Bobbio sostiene que “el término *formalismo jurídico* es equívoco, pues significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras, sobre todo, inevitables, con esta consecuencia: que la polémica general y genérica contra el formalismo acaba por ser fuente de confusión que produce malos entendimientos, incomprensiones, disputas inútiles, exclusiones injustificadas”. Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 80.

que las leyes deben ser cumplidas y aplicadas porque son leyes, no porque sean justas. De lo anterior se colige que el deber de cumplirlas o aplicarlas existe incluso cuando sean injustas.¹⁴

2. El derecho como forma se refiere a una determinada teoría particular del derecho, mas no a una teoría de la justicia, es decir, del criterio según el cual las acciones son juzgadas como justas o injustas. En este sentido, el formalismo jurídico se entiende como la doctrina que estudia lo jurídico, o sea, el estudio de aquella actividad práctica del hombre, que suele ser diferenciada de la moral, de la costumbre, de la economía, etc. De esta manera podemos entender el formalismo jurídico como las teorías que conciben el derecho como forma constante, pero con contenido variable.¹⁵
3. La ciencia del derecho como ciencia formal es el estudio del aspecto formal de las normas sin tratar de indagar sobre su contenido, sino sólo sobre su construcción. Dice Bobbio: “En general se puede decir que cuando se habla de ‘formalismo jurídico’ puede uno referirse a la concepción formal de la justicia, a la concepción del derecho como forma y, además, a la concepción de la ciencia jurídica como ciencia formal.”¹⁶

Por ende, el objeto de estudio del derecho no es la explicación causal, estimativa o teleológica del instituto sino la determinación de su estatus normativo.¹⁷

4. La interpretación formal del derecho puede tener dos sentidos, siguiendo al propio Bobbio: en primer lugar, como método hermenéutico, en el que

¹⁴ La ley, dice Bobbio, incluso injusta, puede ser válida. En esta fórmula la validez de las leyes no es reductible a su justicia; la fórmula separa los dos atributos. Esto equivale a sostener que una norma puede ser justa sin ser válida, o válida sin ser justa. *Cfr., ibidem*, p. 83.

¹⁵ En la obra que venimos citando, Bobbio dice: “Si bien todas las teorías, en cuanto pretenden ofrecer una noción lo más comprensiva posible del derecho, naturalmente destacan los aspectos constantes de éste, por lo que cabría decir que desde tal ángulo, toda teoría es formal, sin embargo, algunas que definen el derecho como forma, o bien hacen de él un momento o aspecto formal de una realidad más amplia (social o más largamente práctica), que los comprende. Aquí, es claro, no aludimos a las teorías formales del derecho, porque todas las que logran cierto grado de sistematicidad lo son, sino a las teorías como forma”. *Ibidem*, p. 85.

¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹⁷ El formalismo jurídico es una doctrina en la que la característica del derecho no es la de prescribir lo que cada uno tiene que hacer, sino simplemente el modo según el cual cada uno tiene que actuar si quiere lograr sus propios objetivos y, por tanto, pertenece a la función del derecho no ya establecer el contenido de la relación inter-subjetiva, sino la forma que ésta debe tomar para que tenga ciertas consecuencias. Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, p. 55.

el formalismo antepone y privilegia *la interpretación lógico-sistemática a la histórico-teleológica*; en segundo lugar, como tarea atribuida al intérprete, es decir, en cuanto a la función hermenéutica se atribuye al juzgador un poder meramente declarativo.

Como puede apreciarse, existen muchas manifestaciones del positivismo jurídico, pues, al igual que el iusnaturalismo, tiene muchos matices o manifestaciones, aunque también puede encontrarse un hilo conductor o rasgos identificadores del mismo; pero también es difícil encontrar juristas que sostengan una posición pura y absolutamente positivista o formalista, ya que hay juristas que son positivistas o formalistas en un sentido pero no en otro, o formalistas que lo son en uno o dos de los sentidos descritos anteriormente, pero no en los otros. Si bien es cierto que todos los juristas o estudiosos del derecho hemos sido formados en el positivismo y en el formalismo jurídico, éstos han hecho mella en cada uno de nosotros en forma e intensidad distintas.¹⁸

Cabe señalar que, salvo algunos rasgos diferenciadores, la mayoría de los juristas cuando tratan de enunciar y desarrollar los contenidos de los conceptos jurídicos fundamentales lo hacen a la luz del positivismo o del formalismo jurídico.

Realismo jurídico

El realismo jurídico, denominado también realismo sociológico, tiene como uno de sus más notorios representantes al jurista Alf Ross, profesor de la Universidad de Copenhague, quien en su obra *On law and justice* expone su teoría sobre el derecho.¹⁹

¹⁸ Nuestros juristas, dice Bobbio, son en la mayoría de los casos fieles a una teoría formal del derecho que define a éste, independientemente de cualquier consideración sobre el contenido de las reglas, en función de las notas de imperatividad, estatalidad y coactividad; mas no por ello aceptan la teoría formal de la justicia. Para Perelman, por el contrario, hay una definición formal de justicia y, al mismo tiempo, un rechazo de las concepciones formalistas de la ciencia jurídica y de la interpretación judicial. En cuanto a Kelsen, opina que la teoría del derecho como forma no está necesariamente ligada a una concepción legalista de la justicia y soporta, sin contradicción, una crítica de la jurisprudencia de conceptos en favor de las tesis que en este campo suelen ser sostenidas por la jurisprudencia sociológica. Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni Comunità, Milano, 1965, p. 97.

¹⁹ De esta obra existe traducción al castellano, titulada *Sobre el derecho y la justicia*, en la editorial Eudeba, Buenos Aires, 1970.

Para Alf Ross la teoría general del derecho debe resolver los problemas siguientes:

- **El concepto y la naturaleza del derecho:** Mientras Ross trata este problema, desarrolla los conceptos jurídicos fundamentales, pues en esta parte se inmiscuye, no sólo en lo relativo a la naturaleza y concepto de derecho, sino en los conceptos o nociones fundamentales, como son *el derecho subjetivo, la persona, el deber jurídico, las fuentes del derecho, el concepto de norma*, entre otros. Al estudio de la naturaleza del derecho, del concepto de derecho vigente y de las fuentes del derecho dedica los tres primeros capítulos de su obra.
Posiblemente, dice Ross, esta parte también incluye conceptos no necesariamente “esenciales”, tales como la propiedad, los derechos *in personam* y derechos *in rem*, la pena, la intención, la culpa, etcétera.
- **El fin o la idea del derecho:** Esta esfera de investigación, dice Ross, “se ocupa del principio racional que da al derecho su ‘validez’ o ‘fuerza obligatoria’ específica y que constituye el criterio para la ‘rectitud’ o ‘corrección’ (*rightness*) de una norma jurídica. De allí surgen cuestiones fundamentales acerca del contenido del principio de justicia; acerca de la relación entre la justicia y el derecho positivo y sobre el papel desempeñado por el principio de justicia en la legislación y en la administración del derecho, etc.”²⁰
- **La interferencia entre derecho y sociedad:** Se incluyen “cuestiones relativas al origen histórico y al desarrollo del derecho, a los factores sociales que en nuestros días determinan el contenido variable del mismo; a su dependencia frente a la economía y a la conciencia jurídica popular y a su influencia sobre ellas, a los efectos de ciertas reglas o instituciones jurídicas; al poder del legislador para dirigir el desarrollo social; a la relación entre el derecho viviente (es decir, el derecho tal como se desarrolla efectivamente en la vida de la comunidad) y el derecho teórico o de los libros y a las fuerzas que de hecho motivan la aplicación del derecho, en contraposición con los fundamentos racionalizados de las decisiones judiciales”.²¹

De la obra de Alf Ross que se ha estado citando, se extraerán algunos de los conceptos jurídicos fundamentales que trata.

²⁰ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Gerardo R. Carrió, Eudeba, 1970, Buenos Aires, p. 3.

²¹ *Ibidem*, p. 4.

Para explicar la naturaleza del derecho acude al análisis de las expresiones lingüísticas en las que se pueden distinguir tres tipos:

- a) **Expresiones de aserción** con significado representativo.
- b) **Exclamaciones o expresiones exclamativas** que carecen de un significado representativo y con las cuales no se pretende ejercer influencia.
- c) **Directivas** sin significado representativo, pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia, es decir, son órdenes.

La anterior clasificación, siguiendo a Ross, corresponde a la clasificación gramatical de oraciones indicativas, interjecciones y oraciones imperativas. Las de los incisos *a* y *c* corresponden a los modos del verbo indicativo e imperativo; aunque existen expresiones lingüísticas que, pese a que están en modo indicativo, pueden ser directivas y no expresiones de aserción, como es el caso de la oración: “Usted llevará esta carta a la oficina de correos mañana”. En este caso, a pesar de su forma indicativa o de aserción de lo que va a ocurrir mañana, podría también ser comprendida como una directiva o una orden.

Con base en lo anterior, podemos decir que las oraciones que se encuentran en las reglas jurídicas son directivas, las cuales se explicarán a continuación.

Las leyes no comunican verdades de hecho o verdades teoréticas, sino que pretenden dirigir el comportamiento de los seres humanos para que actúen de determinada manera, según las distintas circunstancias en que se encuentren, ya sean partes contratantes o estén actuando en nombre de los órganos jurisdiccionales. Esto ocurre, dice Ross, con las normas penales que expresan que toda persona, en ciertas condiciones, “deberá ser castigada” de una manera; mientras que cuando se hace referencia a las normas civiles, se dice que expresan que una persona “debe” o “puede” hacer o no hacer algo. Lo mismo vale, sin embargo, para los casos en que una regla jurídica se presenta gramaticalmente en el sentido indicativo y, en apariencia, contiene una descripción (aserción). Por ejemplo, cuando se establece que en ciertas condiciones surge una obligación (un deber o una responsabilidad). En este caso, no cabe duda que el significado lógico de la regla jurídica no es informar acerca de hechos, sino prescribir una conducta. Según esto, la norma jurídica no es verdadera ni falsa, simplemente es una directiva y, en todo caso, sólo se puede decir si es válida o inválida.

Al respecto Ross comenta que

[...]aquí la cuestión [es] si las frases que leemos en un libro de texto de derecho –o en cualquier otra parte donde se expresa cuál es el derecho vigente– son lógicamente directivas.

En apariencia lo son, ya que parece no haber diferencias entre las oraciones usadas por los autores de derecho y aquellas que figuran en las normas jurídicas. El lenguaje, por ejemplo, usado en el libro de John Honnold, *Cases and Materials on the Law of Sales and Sales Financing*, es exactamente igual que el que aparece en la ley uniforme de ventas (*Uniform Sales Act*) y en otras leyes. A pesar de la semejanza, empero, tiene que haber una diferencia en el significado lógico de las mismas oraciones en los dos contextos. No puede caber duda de que las proposiciones de un libro de texto de derecho, por lo menos en cierta medida, proponen describir, no prescribir.²²

Queda claro que el autor del libro de derecho pretende describir lo que efectivamente es el derecho vigente, es decir, son aserciones, de lo que es un hecho, o dicho de otro modo, el libro de derecho, cuando se refiere al derecho vigente, hace aserciones para comunicar verdades de hecho o verdades teóricas de lo que es el derecho vigente.

Ahora bien, explicar la naturaleza del derecho contiene necesariamente el concepto de derecho vigente, por lo que se puede entender, sin dificultad, que es preciso clarificar este concepto, pues muchas de las discrepancias entre los juristas, cuando tratan de descifrar la naturaleza del derecho, derivan de que sus proposiciones están fundamentadas en diferentes significados acerca de este concepto.

Concepto de derecho vigente

Es famoso el ejemplo del juego de ajedrez utilizado por el profesor escandinavo para explicar el concepto de derecho vigente, el cual se resumirá a continuación.

Dice Ross: imaginemos que dos personas están jugando al ajedrez, mientras una tercera observa. Si éste no sabe nada de ajedrez no entenderá lo que está pasando. Tal vez pueda intuir que se trata de un juego, pero no podrá ir más allá. Si, por el contrario, conoce las reglas, su perspectiva cambiará y podrá, por ejemplo, reconocer los movimientos de cada pieza, identificar cuando hay movimientos irregulares o indebidos de conformidad con las reglas para este juego; incluso podrá predecir lo que ocurrirá. Ahora bien, si conoce las reglas pero no es un experto, y quienes están compitiendo en esa partida lo son, entonces el observador, no entenderá la estrategia de los jugadores y no podrá percibir los problemas tácticos. Por lo tanto, para una completa comprensión de lo que ahí ocurre es esencial, no sólo un conocimiento de las reglas del ajedrez, sino también

²² *Ibidem*, p. 9.

un conocimiento de la teoría del juego. Si se conocen a fondo las reglas del ajedrez y la teoría del juego cambia radicalmente el papel del espectador, pues entenderá no sólo el movimiento de las piezas, sino las diversas jugadas y no las verá como simples cambios de posición, podrá entender si hay un ataque o una defensa, según sea el caso. Los intereses de uno de los jugadores sólo podrán ser entendidos si están en conexión con las acciones del otro jugador. Cada uno hace su parte en el juego. Debe haber entre ellos una relación inter-subjetiva, mediada por las reglas del juego. Es importante además que los jugadores interpreten de la misma manera las reglas del juego. De lo contrario, no hay partida y las jugadas individuales estarán aisladas, sin conexión y sin significación coherente.

De igual manera que con el juego de ajedrez, ocurre con el fenómeno social. La vida humana social no es un caos de acciones individuales aisladas. Sólo se entiende la vida social en la medida en que las conductas individuales se relacionan unas con otras con arreglo a ciertas reglas de comportamiento. Así, las acciones constituyen un todo significativo y guardan la misma relación entre sí movida tras movida. Al igual que en el ajedrez, en la vida social hay interacción mutua, motivada por las reglas comunes del juego social que le confieren significado, y es la conciencia de las reglas lo que hace posible comprender y predecir, en cierta medida, el curso de los sucesos.

Ross explica qué se entiende por reglas del ajedrez y cómo es posible establecerlas.

¿Qué se entiende por reglas del ajedrez?

Para responder este cuestionamiento, Ross distingue entre *las reglas primarias*, que prescriben los movimientos de las piezas, las formas de captura, etc., y *las reglas de la teoría del ajedrez*.

Las primeras —*las reglas primarias*— determinan la ubicación de las piezas, las movidas. Son directivas, pues está claro que indican cómo ha de jugarse el juego, es decir, qué se puede y qué no se puede hacer respecto a la capacidad de mover o tomar las piezas. Estas directivas son vividas (*felt*) por cada jugador como socialmente obligatorias.

Las segundas —*reglas de la teoría del ajedrez*— presuponen la existencia de las reglas primarias e indican consecuencias que las diversas aperturas y estrategias tendrán para el juego en su conjunto, siempre para ganar la partida.

Las reglas primarias, aun cuando se refieren a la capacidad de movimiento de las piezas, tienen un carácter de directriz o de directiva y son, para los jugadores, socialmente vinculantes, pues un jugador no sólo se siente motivado espontáneamente (“ligado”) a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza que una transgresión o violación provocará, por decir lo menos, una protesta del adversario. Sólo de esta

manera adquiere sentido la partida, el que juega se siente obligado a hacerlo siguiendo las directivas del juego y está seguro que su oponente también lo hace. Esto distingue de manera precisa las reglas primarias de *las reglas de la teoría del ajedrez*. Por eso Ross dice: “una jugada torpe puede suscitar asombro o sorpresa, más no una protesta”.

¿Cómo es posible establecer las reglas o directivas?

A esta segunda interrogante Ross responde diciendo que podrían tomarse como base ciertos reglamentos oficiales, como los observados en los congresos de ajedrecistas o las normas ofrecidas por tratados sobre el juego, pero esto resulta insuficiente, ya que no siempre se adoptan las mismas reglas.

Por lo anterior, debemos remitirnos, para resolver el problema sobre qué reglas serán válidas, a las reglas que regulan una partida determinada entre sujetos determinados, es decir, es indispensable determinar las directivas que esos jugadores juzgan socialmente vinculantes u obligatorias.

Se requiere, para hacer dicha determinación, *que las reglas sean, de hecho, efectivas en el juego y que sean externamente visibles en el juego*. Para lograr esto y no se confundan con los meros usos consuetudinarios o pautas motivadas por razones técnicas, es necesario preguntar a los jugadores a qué reglas se sienten ligados.

Según lo anterior, y siguiendo el ejemplo de Ross, una regla de ajedrez es vigente:

- Cuando, dentro de una comunidad (*fellowship*) determinada (en el caso del ajedrez los dos jugadores), esta regla recibe adhesión efectiva. Esto implica, pues, dos elementos:
 - a) La efectividad real de la regla que puede ser establecida por la observación externa.
 - b) La manera en que la regla es vivida (*felt*) como motivadora, esto es, como socialmente obligatoria.

Toda esta teoría del realismo sociológico va en la dirección de adoptar del ajedrez el concepto regla vigente para aplicarlo al concepto de “derecho vigente”. Para explicar lo anterior Ross dice textualmente:

Observando el derecho tal como funciona en la sociedad, nos encontramos con que un gran número de acciones humanas son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación por medio de normas jurídicas que configuran un esquema de interpretación.

A, compra una casa a B. Resulta que la casa está llena de termitas. A, pide a B una reducción de precio, pero B no acepta. A inicia una acción contra B, y el juez, con arreglo al derecho de los contratos, ordena a B que pague a A una cierta suma de dinero dentro de un plazo determinado. B no lo hace. A obtiene que el oficial de justicia se incaute de bienes muebles de B, que son luego vendidos en pública subasta.²³

En el ejemplo, dice el autor escandinavo, todas las acciones humanas se dan en el ámbito exclusivo de cada individuo, pero gracias al concepto de “derecho vigente” se interpretan dichas acciones como fenómenos jurídicos a la luz de las reglas aceptadas entre el comprador y el vendedor, igual como ocurre entre los jugadores de ajedrez.

Según esta teoría del derecho es posible afirmar que el concepto de “derecho vigente” puede ser explicado y definido de la misma manera que el concepto de “norma vigente de ajedrez”, y de acuerdo con esto:

“El derecho vigente es el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (experience and felt) como socialmente obligatorias”.²⁴

Asimismo, podemos concluir que este concepto de derecho vigente se puede aplicar al derecho de California, Illinois, México o España.

Por otra parte, también queda claro, según esto, que el concepto de “derecho vigente” se puede definir sin acudir a consideraciones metafísicas o juicios *a priori*. Ross pregunta:

¿A quién se le ocurriría *referir* la validez de las normas del ajedrez a una validez *a priori*, a una idea pura del ajedrez, puesta en el hombre por Dios o deducida por la eterna razón humana? El pensamiento es ridículo porque no tomamos al ajedrez tan en serio como al derecho, y ello es así porque hay emociones más fuertes asociadas a los conceptos jurídicos.²⁵

²³ *Ibidem*, p. 17.

²⁴ *Ibidem*, p. 18.

²⁵ *Ibidem*, p. 19.

Iusnaturalismo

Otra de las teorías del derecho es el iusnaturalismo, el cual al igual que el positivismo jurídico muestra muchos matices y derivaciones, lo que provoca problemas para identificarlo.

En efecto, es tal el desconcierto, confusión e inconvenientes que se presentan que ni los propios autores o expertos logran estar de acuerdo sobre la expresión “derecho natural”, por lo que se refieren a él de distintas maneras y, en consecuencia, le atribuyen diversos significados.

Entre estos significados se encuentran los que el jurista Ángel Sánchez de la Torre definió:²⁶

1. El concepto aristotélico de ley natural como una participación humana en el inmutable e intemporal principio o sistema de orden que inunda y gobierna el universo.²⁷
2. La idea aristotélico-tomista de la ley natural como *Participatio legis aeternae in rationale creatura* (la participación humana en la ley eterna o providencia divina).²⁸ Sin embargo, la razón humana no puede participar plenamente de la razón divina, sino a su manera, esto es, en forma imperfecta. Hay que recordar que en la doctrina tomista las clases de leyes son: *la lex aeterna*, *la lex divina*, *la lex naturalis* y *la lex humana*. La ley eterna son los designios de Dios, que en principio nadie conoce; mientras que la ley divina es la ley revelada por Dios en la Biblia. Por su parte, la ley natural a la que se hace referencia en este apartado es la participación en la ley eterna de la criatura racional, quien mediante el ejercicio de su racionalidad creada por Dios, participa, al igual que todas las cosas, de la ley eterna; cada una dentro del modo que corresponde a su estructura. Es evidente que el ser humano participa según su

²⁶ Ángel Sánchez de la Torre, *Textos y estudios sobre derecho natural*, Universidad Complutense, Facultad de derecho, Madrid, 1985, pp. 277-278.

²⁷ Dice Aristóteles: “Quien recomienda el gobierno de la ley, parece recomendar el gobierno exclusivo de lo divino y lo racional, mientras que quien recomienda el gobierno de un hombre añade un elemento de impulso animal. No otra cosa, en efecto, es la concupiscencia, y el mismo apetito generoso extravía a los gobernantes y a los mejores de entre los hombres. La ley es, por tanto, la razón sin apetito”. Aristóteles, *Política*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 2000, p. 100.

²⁸ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, BAC, Madrid, 1962, Q 91 Art. 3, “ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfectae”.

modo, es decir, mediante los procesos racionales que le son propios según su naturaleza racional.

3. De lo anterior deriva la noción escolástica de la ley natural, desprendida de la naturaleza humana con sus inclinaciones, tendencias y necesidades humanas, cuyo contenido se obtiene de la razón humana creada por Dios, capaz de descubrir el bien y el mal o, como dice Sánchez de la Torre en su obra sobre el derecho natural, como el conjunto de doctrinas y presupuestos comunes a los sistemas jurídicos de todos los grupos humanos en las entidades sociales conocidas en todos los estadios de la civilización. Estos principios comunes son posibles gracias a la razón humana creada por Dios.
4. Un último significado es la identificación del propio derecho natural con los procesos tradicionales de la razón judicial, tal como se han desarrollado en la experiencia anglosajona (teoría de Hooker sobre la ley natural).²⁹

En este orden de ideas se cuestiona si en el iusnaturalismo existe o puede hablarse de una posición teórica unitaria, debido a que dentro del calificativo de derecho natural llegan a agruparse, indebidamente, expresiones del pensamiento discrepantes entre sí, como por ejemplo el pensamiento de Kant, de Roscoe Pound, Kholer, Bentham y hasta el pensamiento de Karl Marx.³⁰

Al igual que se hizo con el positivismo jurídico y para comprenderlo mejor, trataremos de mostrar un hilo conductor o elemento común que permita agrupar las

²⁹ Hooker, teólogo anglicano, reconoce expresamente la doctrina de las leyes de Tomás de Aquino, repudia el voluntarismo calvinista y puritano; afirma el racionalismo ético jurídico, recoge la concepción de la ley más como regla racional que como mandato de una voluntad. Recoge de Tomás de Aquino los tipos de ley y conceptúa la ley natural como aquella que la razón humana encuentra en sí misma de tal manera que se puede denominar ley de la razón. Cf. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, citado por Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, tomo II, Pirámide, Madrid, 1982, pp. 88-89.

³⁰ Es tal la discrepancia de Pound con el derecho natural que dice: "La jurisprudencia es una ciencia de ingeniería social, que se ocupa de aquella parte del campo total en la que pueden lograrse resultados mediante la ordenación de las relaciones humanas por la acción de la sociedad política organizada. El derecho no se ocupa primordialmente de derechos. Se ocupa de intereses, aspiraciones y pretensiones. Un derecho no es más que uno entre los varios medios para la satisfacción de los intereses; se ha exagerado mucho su importancia en el pasado." Roscoe Pound, "How Are We Attaining a New Measure of Values in Twentieth Century Juristic Thought", en *West Virginia Law Review*, 1936, pp. 81-94.

diferentes corrientes del iusnaturalismo. A continuación se mencionan las características comunes siguientes:³¹

1. *La esencia del derecho se encuentra en el valor intrínseco de su contenido*, en oposición al manifiesto formalismo en su creación y aplicación. De acuerdo con esto, la justicia se reduce a la legalidad, mientras que la denominada verdad legal se convierte, muchas veces, en una lamentable objetiva falsedad.
2. *El fundamento del derecho se encuentra en la naturaleza humana*, aunque también es importante señalar que en esta característica se enmarcan pensamientos diversos y hasta contradictorios, pues la naturaleza humana se puede concebir desde lo estrictamente biológico hasta lo divino. Por ejemplo, la esencia de la naturaleza racional de los estoicos, la naturaleza creada por Dios de los escolásticos, la naturaleza social y gregaria de H. Grocio, la guerra de todos contra todos de Hobbes, el estado de absoluta de libertad de Locke, por mencionar sólo algunos.
3. *El fundamento axiológico otorga al derecho validez intrínseca*. Coinciden, muchos seguidores del iusnaturalismo en afirmar que el derecho, sólo puede ser considerado derecho, si tiene fundamento axiológico. Según esto, el derecho por definición es justo, pues hablar de un derecho injusto es una contradicción; la validez del derecho, por consiguiente, deriva de su fundamento axiológico. Podemos, si llevamos esto al exceso, decir que el derecho que es injusto no debe ser obedecido; pero también obedecer la ley a ciegas, al estilo positivista, puede resultar, cuando las leyes son arbitrarias, criminal. Parafraseando a Agustín de Hippona podemos decir: ¿Qué serían los pueblos sin la ley? Tal vez, bandas de ladrones. ¿Qué serían las leyes sin contenido axiológico? Tal vez acuerdos criminales.

Como se puede observar, desde su aparición las ideas del derecho natural se siguen desarrollando con tal amplitud y vastedad que la pretensión de exponer todas las corrientes del derecho natural requeriría de muchos volúmenes; pero se pueden mencionar como ejemplos los siguientes: el derecho natural griego, el derecho natural romano, el derecho natural cristiano, el derecho natural clásico, el derecho natural moderno y los pensadores del derecho natural actual, agregando las variantes de cada pensador.³²

³¹ Cfr. Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1986, pp. 127-144.

³² Cfr. Carlos Muñoz, *Fundamentos para la teoría general del derecho*, Plaza y Valdés, México, 1996.

La variedad de ideas sobre el derecho natural es resultado de las distintas premisas y métodos empleados en su desarrollo y de la manera como cada pensador o corriente lo concreta en proposiciones específicas de pensamiento práctico; no obstante ello, también significan la base filosófica que subyace en su construcción.

Pese a la gran diversidad de ideas sobre el derecho natural, se puede señalar con seguridad que su desarrollo, sobre todo a finales del siglo xvii y principios del siglo xviii (derecho natural clásico o derecho natural racionalista), sentó las bases para la aparición del sistema jurídico y político moderno, pues justamente la insistencia del derecho natural en la existencia de derechos naturales y la necesidad de garantizar su defensa y ejercicio originó el surgimiento de la legislación positiva o codificación que serviría como punto de partida del positivismo jurídico.

En efecto, la escuela clásica del derecho natural trajo los siguientes resultados prácticos:

1. Puso las bases para el surgimiento del orden jurídico y del sistema político moderno.
2. Descubrió la íntima relación entre la libertad individual y el derecho, es decir, el derecho tiene que ser un baluarte contra la anarquía y el despotismo; algunos proponían un gobierno fuerte que concediese ciertas libertades a sus ciudadanos, como en el caso de Hobbes. Otros, como Locke y Montesquieu, destacaron el carácter antidespótico del derecho; y cabe notar que los métodos adoptados por estos dos filósofos para justificar el derecho han sido fuertemente criticados por su simplicidad ahistórica.³³
3. Creó los instrumentos jurídicos para liberarse de las ataduras medievales, contribuyendo a la abolición del vasallaje y la servidumbre.
4. Produjo la libertad religiosa.
5. Elaboró los principios generales del derecho internacional.
6. Promovió, a través de los pensadores del derecho natural clásico, la ascensión del liberalismo y de las reformas jurídicas que éste trajo consigo.
7. Finalmente, causó un movimiento generalizado en pro de la legislación.

³³ Jürgen Habermas, "Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", en *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

Entre los defensores del derecho natural predomina la idea de que los seres humanos serían capaces de descubrir, mediante el uso de su racionalidad, un sistema jurídico que incorporase los principios del derecho natural. Debido a ello hubo esfuerzos sistemáticos por crear un código que incorporase los principios y normas del derecho natural.³⁴

Decadencia y resurgimiento del derecho natural

Parece ser que en el transcurso de la historia, desde el pensamiento griego hasta nuestros días, el derecho natural se olvida por temporadas, aunque también la historia demuestra un incesante resurgimiento de éste. Es decir, parece vivir una vida cíclica, con grandes periodos de desarrollo que son sustituidos por periodos de olvido; pero poco tiempo después el derecho natural resurge con mayor fuerza.

Uno de los grandes periodos de desarrollo del derecho natural fue el derecho natural romano, pese a que en Roma no abundaron grandes pensadores, sí podemos mencionar su sentido práctico dentro del derecho. En efecto, en Roma se construye un pensamiento jurídico influenciado por el estoicismo, y entre sus pensadores podemos citar a Cicerón, quien en su obra de *La república* expresa que el verdadero derecho es la recta razón, conforme a la naturaleza, por lo cual es de aplicación universal, inmutable y eterna; el derecho llama al hombre al bien con sus mandatos y le aleja del mal con sus prohibiciones.

Otro periodo importante para el derecho natural fue la Edad Media, etapa en la que éste encuentra su formulación filosófica, la cual serviría de base para que, con algunas variantes, se sustentaran periodos posteriores en los que predominaría esta postura jurídica.

Al término de la Edad Media deja de prevalecer la teología cristiana y se produce una verdadera efervescencia en el pensamiento filosófico, lo que produjo planteamientos tendientes a cuestionar el fundamento del derecho natural que, hasta entonces, el pensamiento aristotélico-tomista había logrado defender a cabalidad, pero que se tornaba inaceptable para los pensadores renacentistas. Cuestión que se vio agudizada, sin duda, por la influencia del protestantismo que con su ataque a la jerarquía católica también embiste al régimen feudal, lo cual significaba ir contra el

³⁴ El movimiento en pro de la legislación quedó plasmado en los siguientes textos: Código de Federico de Prusia (1794), Código de Napoleón de 1804, Código de Austria de 1811, Código civil alemán de 1896, Código civil suizo de 1912.

sistema económico, la servidumbre y los gremios. Esto produjo una lucha contra la nobleza feudal e influyó en el surgimiento de los Estados nacionales, es decir, comienza a surgir un espíritu individualista y liberal.

Por otra parte, el derecho natural también encontró oposición en otra doctrina, producto de la efervescencia del fin del medioevo: la doctrina de la razón de Estado, cuyo máximo exponente fue Nicolás Maquiavelo.³⁵

Los esfuerzos por conciliar la doctrina de la razón de Estado con la teoría del derecho natural produjeron el desarrollo de los pensamientos de los siglos XVII y XVIII, con lo que se puede decir que la doctrina del derecho natural se había puesto en riesgo al terminar la Edad Media. Sin embargo, esta doctrina produjo otro resurgimiento del derecho natural, pero establecido sobre las bases de la aplicación de la racionalidad humana y al margen de la teología romana. Nació, así, un iusnaturalismo puramente racionalista que dejó de lado las explicaciones relacionadas con la divinidad.

Uno de los primeros pensadores iusnaturalista de este periodo fue H. Grocio (1583-1645), quien en su obra *De belli ac pacis* dijo que el derecho natural, cuya fuente es la naturaleza del hombre, existiría aunque no hubiese Dios o aunque éste no se ocupase de los asuntos humanos.

Es innegable, como se sostuvo anteriormente, la influencia y las aportaciones ejercidas por la escuela del derecho natural en lo político y en lo jurídico, sobre todo el derecho natural que se desarrolló durante los siglos XVII y XVIII, el cual contribuyó en la formación de los sistemas políticos modernos y permitió la construcción de la democracia, la legislación y las instituciones, así como de las decisiones judiciales que posteriormente se desarrollarían en Estados Unidos.

Con todo, y aunque parezca contradictorio, el racionalismo trajo consigo la decadencia del derecho natural, pues se produjo un movimiento asombroso en pro de la legislación a principios del siglo XIX y con el surgimiento de la doctrina del positivismo

³⁵ En efecto, Maquiavelo (1469-1527) glorifica la omnipotencia del Estado, subordinando los principios éticos en la vida pública a los intereses y necesidades políticas de éste. Debemos recordar que los Estados nacionales que estaban surgiendo eran gobernados por monarcas absolutos que pretendían justificar la libertad de acción para fortalecer el prestigio de sus Estados nacionales, lo que llevaría a su emancipación definitiva del poder imperial medieval. Por otra parte, se debe agregar el ingrediente de la Reforma luterana (Lutero 1483-1546). Sin embargo, no es posible afirmar que el éxito del protestantismo se debiera a la protección y acogida alemana o a que Alemania encontró en el protestantismo un baluarte para el surgimiento o consolidación de su Estado nacional.

se originaría, en el campo del derecho, la aparición del positivismo jurídico que prevalece, como lo vimos en el apartado sobre el positivismo, como postura dominante en el derecho.

No obstante el gran desarrollo que tuvo el positivismo jurídico, a mediados del siglo xx, después de la Segunda Guerra Mundial, Hans Welzel escribió:

Para los juristas de nuestra generación, el contraste entre el derecho natural y el positivismo ha vuelto a convertirse en una excitante experiencia. Todavía hace veinte años el positivismo dominaba de manera totalmente indiscutida en la ciencia y en la práctica.

La doctrina que afirma que hay un derecho natural parecía un pensamiento altamente extraño, superado de muy atrás, que sólo en algunos círculos católicos arrastraba una existencia apartada y modesta en extremo.

La limitación al derecho positivo y el rechazo de todo derecho natural supra positivo, era la de suyo evidente base de trabajo de la generación de juristas del siglo xix y comienzos del xx. Una de las mejores cabezas de la época, Karl Binding, ha designado expresamente tal limitación como su orgullo.³⁶

El derecho natural, después de la guerra, adquirió un auge inusitado, a tal grado que los propios jueces viraron hacia el derecho natural; de esta manera en las sentencias pronunciadas en Frankfurt y Wiesbaden el propio Wezel menciona que, por ejemplo, una ley que autoriza que los bienes de un particular sean expropiados sin indemnización es contraria al derecho natural y, por ende, inválida.

Panorama del iusnaturalismo en el siglo xx

El estudio del derecho natural durante el siglo xx presenta la dificultad de que no tiene muchos referentes históricos de su desarrollo, porque es un periodo que aún no se

³⁶ Hans Welzel, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, citado por Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1986, p. 125 y ss. El efecto de la Segunda Guerra Mundial provocó una seria y auténtica desconfianza frente al derecho positivo, incluso llegó al repudio. Las espantosas experiencias de esa época, dice el mismo autor, pusieron de cabeza la anterior valoración del derecho positivo. Allí donde el delito es el contenido de las leyes, la ley deja de dar positividad al derecho, pues no ofrece ya ninguna garantía de ser su indicadora. Asimismo, Radbruch, quien había justificado la actitud positivista (en 1932) poco tiempo después se pronunciaría diciendo: “La ciencia jurídica tiene que recordar nuevamente la milenaria verdad de que existe un derecho superior a la ley, natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aun cuando aparezca revestido de formas legales”.

ha estudiado y documentado de manera suficiente, pese a que ya nos encontramos en el siglo XXI, y difícilmente en las obras sobre el derecho natural se encuentran elementos contundentes para enmarcarlos como iusnaturalistas puros, ya que ha sucedido que las posturas se han tornado menos extremas y aun siendo iusnaturalistas marcan su distancia respecto al iusnaturalismo de los siglos pasados; tal vez sucede lo que dice Hervada: utilizan un “iusnaturalismo camuflado”.³⁷

Existen autores que son clasificados como iusnaturalistas, pese a ser positivistas, por considerar que el derecho debe estar sujeto a ciertos condicionamientos de tipo ético, ontológico o axiológico, y denominar estos condicionamientos como derecho natural, aunque otros autores consideran que tal denominación no es adecuada. Lo anterior denota, de alguna manera, la insatisfacción e ineficacia del positivismo en el logro de la defensa de la dignidad humana y sus valores implícitos, lo que explica el surgimiento de corrientes que se acercan al iusnaturalismo; aunque no pueden clasificarse enteramente como parte del derecho natural.

Entre las corrientes que se han acercado al iusnaturalismo en el siglo XX se encuentra la de Rudolf Stamler (1856-1938), a quien, incluso autores como Bodenheimer, ubican dentro del llamado “resurgimiento del derecho natural moderno”.

Rudolf Stamler plantea que el derecho positivo es cambiante como cambiante es la sociedad; por ello la construcción de una teoría del derecho que pretenda validez universal debe ser de carácter formal y establecer sus proposiciones básicas en el razonamiento lógico *a priori* (en el sentido kantiano del término), pues sólo de esta manera los conceptos de la teoría jurídica pueden lograr necesidad lógica y validez universal.

Al desarrollar su teoría, Stamler distingue entre el concepto de derecho y la idea de derecho. Al primero lo define de tal manera que cubra todas las manifestaciones y formas del derecho, y se puede entender como un querer entrelazante inviolable y autárquico; en cambio, la idea de derecho es la realización de la justicia. No obstante, el concepto de derecho y el ideal de justicia que plantea son de carácter formal, es decir, se trata, en efecto, de un derecho inmutable pero sólo en el aspecto formal, pero mutable en su contenido, pues se trata de un derecho natural de contenido variable, fórmula que el propio autor considera poco exacta.

Stamler insistía en construir una teoría del derecho justo. Una sociedad cambiante impide formular un derecho cuyo contenido sea permanente, por lo que el derecho positivo tiene que adaptarse a las condiciones particulares de tiempo

³⁷ Cfr. Javier Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, EUNSA, Pamplona 1987, p. 327.

y lugar; en consecuencia una teoría que pretenda validez universal requiere ser de carácter formal, separándose del derecho positivo porque es confuso a causa de su variedad.

Otro representante de este iusnaturalismo moderno es el italiano Giorgio del Vecchio (1878-1970), el cual parte del idealismo kantiano y se aproxima a la concepción tomista. Según del Vecchio, el derecho natural es una idea puramente formal, a la cual el derecho positivo puede acomodarse o no acomodarse, lo que permite valorar el derecho positivo y su intrínseca justicia. Sin embargo, su pensamiento no deja de ser idealista de inspiración kantiana, aun cuando se acerque al tomismo.

Su obra es un ejemplo claro del iusnaturalismo del siglo xx, ya que es equívoco y de carácter dualista, pues, por un lado, acepta un derecho natural kantiano de tipo individualista y, por el otro, sostiene la injerencia del Estado en la libertad individual en interés del bien público; no hay que olvidar que fue partidario del gobierno fascista italiano.

Por su parte, Gustav Radbruch (1878-1949) practicó durante muchos años el relativismo jurídico. Este pensador parte del supuesto de que los juicios de valor son de carácter axiomático e indemostrable; por lo cual se mueven más en el campo de la fe que en el del conocimiento. En este sentido, no puede existir una verdad absoluta acerca del derecho y de la justicia, sino sólo opiniones que son transitoriamente válidas, en tanto resultantes de una convicción social y política. Y como opiniones se encuentran fuera del ámbito de la ciencia.

Debido a estas ideas, algunos estudiosos del tema consideran que Radbruch es digno representante del positivismo jurídico; sin embargo, después de 1945, al derrumbarse el nazismo, se pronuncia decididamente en favor de un derecho supra legal de la doctrina del derecho justo, con lo cual se acerca al derecho natural.

En la siguiente cita, Radbruch explica su posición:

El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de “la ley es la ley”, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de ahora en forma de ley. Y no sólo eso, sino que esa mentalidad positivista superviviente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales.

El derrumbamiento del Estado nazi, basado en la negación del Derecho, coloca continuamente a la judicatura alemana ante preguntas que el caduco, pero aún vivo positivismo, no sabrá nunca contestar. He aquí algunas de ellas: ¿Deben mantenerse

en vigor las medidas adoptadas en cumplimiento de las leyes raciales de Nuremberg? ¿Siguen teniendo validez jurídica, hoy, los actos de confiscación de las propiedades de los judíos, realizados en su día al amparo del que era derecho vigente en el Estado nazi? ¿Deberemos considerar firme y jurídicamente válida la sentencia por la que la judicatura del Estado nazi, a tono con la legislación vigente en él, condenó a muerte, como delito de alta traición, el simple hecho de escuchar una emisora de radio enemiga? ¿Deberemos reputar ajustada a la ley la denuncia que en su día inició el proceso criminal coronado por esta sentencia? ¿Sigue teniendo el valor de una ley, para nosotros, aquel borrador informal con que Hitler, mediante la conminación del más riguroso de los secretos, desencadenó el asesinato en masa en cárceles y prisiones? ¿Nos consideramos obligados, todavía hoy, a dejar impune un acto punible por el hecho de que se halle amparado por una amnistía mediante la cual el partido encaramado en el poder declaró sustraídos a la acción penal los actos criminales perpetrados por él mismo? ¿Merece la calificación de 'Estado', en el sentido jurídico de la palabra, un Estado que equivale a la dominación de un sólo partido, que condena a la muerte a todos los demás y que representa, en general, la negación del Derecho mismo?

El positivismo jurídico heredado del pasado remitiríase, para contestar a todas estas preguntas o a cualquiera de ellas, a lo contenido en la ley. Y es cierto que una parte de los problemas planteados por las dichas preguntas ha sido resuelta por las leyes de la zona norteamericana de ocupación sobre la reparación de los desafueros de los nazis y el castigo de los actos punibles cometidos por ellos, mientras que otra parte ha encontrado su respuesta en el Estatuto de Nuremberg y en la ley sobre el Consejo de Control. Pero a esto se opone la mentalidad positivista otra objeción, y es que las tales leyes se atribuyen la fuerza retroactiva. Para contestar esta objeción basta con decir que, si no las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaban en vigor al producirse aquellas situaciones, al cometerse aquellos desafueros; dicho en otros términos, que estas leyes responden, por su contenido, a un Derecho superior a la ley, supralegal, cualquiera que sea la concepción que de este derecho tengamos en lo particular, ya lo concebamos como un derecho divino, como un derecho de la naturaleza o como un derecho de la razón.

Por donde vemos cómo, a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal. Hasta qué punto deba atenderse a la justicia cuando ésta exija la nulidad de las normas jurídicas contrarias a ella, y en qué medida debe darse preferencia

al postulado de la seguridad jurídica, si ésta impone la validez y el reconocimiento del Derecho estatuido, aun a trueque de su injusticia, son problemas que hemos examinado y procurado ya resolver en páginas anteriores.

El camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el nombre que la Filosofía del Derecho ostentaba en las antiguas Universidades y que, tras muchos años de desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de *Derecho Natural*.³⁸

De la misma manera que los juristas señalados en los párrafos anteriores, en Francois Géný también se encuentra el sello del derecho natural, ya que alude a las reglas jurídicas que la razón extrae de la naturaleza de las cosas.

Después de la Segunda Guerra Mundial se multiplicaron los pensadores que de alguna manera hicieron alguna referencia al derecho natural. Entre éstos se encuentran: Fechner, Welzel (a quien ya se citó en este trabajo), y otros autores inspirados en corrientes existencialistas, como a Maihofer, Luyten y Kaufmann; otros de la corriente axiologista como Reale y Goldschmidt. En México, García Máynez y Récasens Siches (este último español) también pertenecen a este grupo que, de una u otra forma, toca al derecho natural en sus posturas.

Por último, debemos mencionar a los autores que en el siglo xx permanecieron fieles a la tradición del derecho natural, entre los que destacan: Víctor Cathrein, Jacques Leclercq, Johannes Messner, Jacques Maritain, Legaz Lacambra y muchos otros. En México, podemos citar a Rafael Preciado Hernández y a Miguel Villoro Toranzo, aunque el cultivo de la ciencia jurídica de éstos se encuentra en franca decadencia.

Positivismo analítico

El positivismo jurídico, al igual que el iusnaturalismo, presenta muchas variantes, entre las que destacan la jurisprudencia de conceptos de R. von Jhering, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, el realismo jurídico de Alf Ross —de quien ya se ha mencionado algo en este capítulo—, la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia analítica o positivismo analítico, el cual se expondrá en este apartado.

El surgimiento del positivismo invadió prácticamente todas las áreas del saber, y el derecho no fue la excepción. En efecto, el positivismo, en su aspecto sociológico, explica el derecho describiéndolo dentro del influjo de las fuerzas sociales que inciden

³⁸ Gustav Radbruch *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 178-180.

no sólo en su formulación, sino también investigando el conjunto de fenómenos sociales que inciden en su transformación y evolución cotidiana.

Pero el positivismo analítico toma, frente al derecho, una actitud netamente empírica, esto es, considera para su estudio las normas o reglas positivas que producidas por la sociedad constituyen el derecho; como lo hacen, en general, todas las variantes del positivismo.

Jeremy Bentham (1748-1832) en Inglaterra y Rudolf von Jhering (1818-1892) en Alemania son los precursores del positivismo jurídico.

Bentham niega lo que se denomina el objetivismo jurídico y, al hacerlo, rechaza el iusnaturalismo. Para él, el derecho natural no existe, y critica lo que algunos autores consideran los postulados básicos del derecho natural como son “vivir honestamente”, “no hacer daño a nadie” y “dar a cada quien lo suyo”.

Respecto del “vivir honestamente”, Bentham opina que es una tautología, pues significa que “hay que hacer lo que hay que hacer”

El segundo postulado, “no hacer daño a nadie”, puede ser interpretado de dos maneras:

- a) “En cualquier caso, bajo cualquier circunstancia, no hacer daño a nadie”. Si es así, ¿qué decir de los jueces, soldados, por no hablar del verdugo? ¿Tampoco deben hacer daño a nadie? Significa que el aserto “no hacer daño a nadie” no es absoluto, esto es, existen circunstancias y casos, como los citados previamente, en que se justifica hacer daño a alguien, por lo que rechaza este postulado iusnaturalista y mejor propone su reformulación de la manera siguiente:
- b) “Debemos no hacer daño a nadie, salvo cuando debamos”, y al formular de esta manera el postulado, no hay nada en él que pueda servirnos como regla de comportamiento. El principio se convierte en algo verdaderamente inútil como pauta de comportamiento.

Con respecto al último principio, “dar a cada uno lo suyo”, Bentham lo refuta diciendo que éste significa que debemos dar a cada uno lo que debemos darle, lo que también resulta inútil como regla de comportamiento. Estos principios, según Bentham, son fórmulas vacías.³⁹

³⁹ Jeremy Bentham, citado por Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 202.

Acorde con su pensamiento utilitarista e individualista, Bentham opina que la medida de las cosas se rige por el principio de utilidad, entendido éste como “el principio que aprueba o desaprueba las acciones humanas, según que tienda a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés esté envuelto en aquella acción”.⁴⁰

Así, pues, la felicidad del pueblo debe ser la aspiración del legislador; de tal manera que el interés colectivo tiene que estar determinado por lo que genere felicidad para el mayor número de individuos. La sumatoria de la felicidad de los individuos es igual a la felicidad colectiva.

La medida de lo justo y lo injusto es la mayor felicidad del mayor número de personas, y para lograrla el legislador debe tomar en cuenta que el interés de la comunidad es la suma de los intereses de los miembros que la componen. Si las personas son felices individualmente, todo el cuerpo político gozará también de felicidad y prosperidad.

Luego, entonces, el legislador, para asegurar la felicidad de la comunidad, debe luchar por conseguir la subsistencia, la abundancia, la igualdad y la seguridad de los ciudadanos.

Por lo tanto, las funciones del derecho, según Bentham, son: *Proveer la subsistencia, aspirar a la abundancia, fomentar la igualdad y mantener la seguridad.*

De estas funciones del Estado, las más importantes son, sin duda, la seguridad y la igualdad. Bentham lo explica de la manera siguiente:

- La más importante función del Estado es la seguridad, por lo que las disposiciones jurídicas deben asegurarla. El principio de seguridad impone que la persona, el honor, la propiedad y el estatus del hombre queden protegidos por el derecho y que, en consecuencia, todos los actos lesivos sean castigados como delitos.
- La igualdad, por su parte, la entiende en un sentido liberalista, es decir, no significa igualdad de situaciones entre los individuos, sino igualdad de oportunidad, esto es, permitir a cada individuo buscar sus propios placeres, vivir su propia vida o buscar su propia felicidad.

En la teoría de Bentham resulta característico que el objetivo principal de la regulación jurídica no sea la libertad, sino la seguridad y la utilidad. Su teoría da pauta para la intervención estatal y la reforma social. Aunque hay que dejar asentado que Bentham

⁴⁰ Citado por Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho*, FCE, México, 1988, p. 308.

sentía preferencia por el individualismo económico. “Un Estado —decía— no puede hacerse rico sino manteniendo un respeto inviolable por los derechos de propiedad”.⁴¹

En su obra *Theory of Legislation* lo explica de la siguiente manera: “La libertad, que es una rama de la seguridad, debe ceder ante consideraciones de seguridad personal, puesto que no es posible hacer leyes sino a expensas de la libertad”.⁴²

En el caso del alemán Von Jhering, al igual que Bentham, rechaza el derecho natural. En su texto *El fin del derecho*, sostiene que el derecho es la política de la fuerza. Un derecho sin fuerza es un nombre vacío, *porque es la fuerza la que realiza las normas jurídicas, y la que funda el orden y organiza al derecho*.

El Estado tiene el monopolio de la coacción, es el único que tiene el monopolio absoluto del derecho a obligar. Es el portador de la fuerza coactiva, por lo que derecho y Estado son inseparables.

Según la postura de Von Jhering, *el derecho es la suma total de principios con arreglo a los que funciona el Estado como disciplina de coacción*.

Las normas sólo merecen el nombre de jurídicas cuando tras de sí está la coacción estatal. La única fuente del derecho es el Estado. Así que, explica Von Jhering, una norma legal sin coacción es “un fuego que no llamea, una luz que no brilla”.⁴³

Representante del positivismo analítico: John Austin

El fundador de la “escuela analítica”, John Austin (1790–1859), formuló en *Lectures of Jurisprudence* lo que para algunos es la manifestación de su idealismo jurídico, esto es, concibió a la jurisprudencia general o filosofía del derecho positivo como “el estudio de los principios y nociones que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos y que son abstraídos o inducidos de las normas jurídicas positivas”.⁴⁴

Pero, ¿por qué idealismo jurídico? Porque, cuando Austin expone su concepción de la filosofía del derecho positivo, los principios y nociones comunes a todos los ordenamientos jurídicos positivos existen realmente, esto es, existen como proposiciones o conceptos que, a pesar de que los legisladores no los formulan expresamente, subyacen como inspiradores de las normas jurídicas positivas y forman parte, por ello, del derecho, de modo que existen como cuasi-proposiciones jurídicas o cuasi-conceptos jurídicos.

⁴¹ Citado por Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 311.

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ Citado por Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 310.

⁴⁴ John Austin, citado por Rafael Hernández Marín, *op. cit.*, p. 203.

En la obra de Austin que se está siguiendo, hay una distinción clara entre la ciencia del derecho y la ciencia de la ética:

- La ciencia de la jurisprudencia se ocupa de las leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto, sin considerar la bondad o la maldad. (De esta ciencia se ocupan los juristas.)
- La ciencia de la legislación, a la que se considera como rama de la ética, tiene como función determinar el patrón con el que ha de medirse el derecho positivo y los principios en que debe basarse para merecer aprobación. (De ésta se ocupan los legisladores o los filósofos.)

Según Austin todo derecho positivo, o simplemente todo derecho, es establecido por una persona o cuerpo soberano, sea un miembro o varios en una sociedad política independiente, donde aquella persona o cuerpo es soberano o supremo.

El derecho se convierte en un mandato del poder soberano y sólo se considerará como derecho lo que el soberano dicte. Las normas jurídicas se convierten *per se* en un sistema jurídico o cuerpo de normas o reglas establecidas, reconocidas y aplicadas coactivamente por el Estado.

En síntesis, el derecho es un producto acabado que constituye el resultado del ejercicio de la voluntad soberana. Lo decretado por el poder soberano como derecho es válido, y lo es en virtud de ese decreto, sin importar o tomar en cuenta cuál sea su contenido.

El orden jurídico debe ser el punto de partida para el análisis, y lo verdaderamente destacable para lo que nos ocupa. El positivismo analítico se dedica a la tarea de estudiar la consistencia lógica y sistemática del derecho positivo.

Es importante señalar que, en general, el positivismo jurídico y las teorías jurídicas derivadas de éste son prácticamente las únicas que se ocupan de desarrollar y fijar con precisión el significado de *los conceptos jurídicos fundamentales*.

El positivismo analítico no es la excepción y busca, con cierto afán, el establecimiento del significado de conceptos tales como: derecho subjetivo, deber, obligación, daño, lesión, etc. Asimismo, distingue varias clases de deberes, obligaciones y los distintos tipos de derecho.

Es posible afirmar que el positivismo analítico pone las bases para el estudio de *los conceptos jurídicos fundamentales*.

Los conceptos jurídicos fundamentales

Los conceptos jurídicos fundamentales constituyen, como se ha reiterado, uno de los temas centrales de la teoría del derecho, más aún, hay quien afirma que los conceptos jurídicos fundamentales han sido desarrollados desde la perspectiva de la teoría del derecho.

Con todo, existe cierta controversia en torno a tales conceptos jurídicos fundamentales. En la actualidad, no existe un acuerdo uniforme sobre cuáles son los conceptos, por lo que en este apartado se tratarán algunos aspectos referentes a estas discusiones.

Por otra parte, en el desarrollo de este tema, mencionaremos o aludiremos al significado o connotación que, de los conceptos jurídicos fundamentales, se han elaborado a partir de posturas como el realismo jurídico, el formalismo jurídico, el iusnaturalismo o el positivismo analítico. Aunque debe resaltarse que las teorías positivistas del derecho, en sus distintas manifestaciones, son las que han desarrollado con mayor profundidad estos conceptos.

Ya se ha dicho que no existe un acuerdo sobre cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales y, en este orden de ideas, uno de los esfuerzos más valiosos y congruentes sobre este tema fue el de W.N. Hohfeld, uno de los más destacados representantes de la jurisprudencia analítica. Hohfeld, profesor de las universidades de Stanford y Yale, fue un jurista estadounidense nacido en 1879 y sobre quien se hará una referencia constante en el presente estudio.

El estudio de los conceptos jurídicos fundamentales tiene las siguientes pretensiones:

- a) Esclarecer, desde el punto de vista del práctico del derecho, el significado de las expresiones de uso cotidiano que expresan situaciones generales que derivan del orden jurídico como herramienta para configurar o deducir otras expresiones más específicas.
- b) Identificar las relaciones que se dan entre los conceptos que designan, así como los criterios de su aplicación.
- c) Clarificar el significado de tales conceptos desde un punto de vista neutral o, meramente científico, que resulte objetivo.

El intento más notorio por esclarecer y resolver el caos de los conceptos jurídicos fundamentales fue el de Hohfeld, quien partió del análisis de una cantidad abundante de usos vigentes, tomados de fallos judiciales y de obras teóricas de juristas.

Para proponer dos grupos de conceptos jurídicos fundamentales, de los cuales aparta ocho conceptos.

Al primer grupo o familia, presidida por la palabra “derecho”, corresponden expresiones como: “intimidad”, “libertad”, “privilegio”, “prerrogativa”, “facultad”, “exención”, “potestad”, “poder”, “pretensión legítima”, “interés legítimo”, “atribución”, “garantía”, “capacidad”, “competencia”, “autorización”, “permiso”, “licencia”, “franquicia”, “impunidad”, “concesión”, “título”, “opción”, “limitación de responsabilidad”, “prioridad”, “preferencia”, “jurisdicción”, “independencia”, “autarquía”, “autonomía”, “inoponibilidad”, etcétera.

A la segunda familia, presidida por la palabra “deber”, corresponden expresiones como: “obligación”, “responsabilidad”, “incapacidad”, “incompetencia”, “prohibición”, “limitación”, “caducidad”, “carga”, “condición”, “prestación”, “servicio”, “gravamen”, “impedimento”, “incompatibilidad”, “inhabilidad”, “ausencia de derecho”, “restricción”, “ligamen”, “débito”, “inhibición”, etcétera.⁴⁵

Estos grupos o familias muestran la gran cantidad de conceptos que se emplean en el derecho, tanto en un sentido activo como en su correspondiente relación con el deber o sentido pasivo, aunque hay que decir que existen muchos más.

Ahora bien, también desde el punto de vista de la teoría del derecho, se ha intentado poner orden en los conceptos empleados por los juristas en su quehacer teórico y práctico. La teoría del derecho, para resolver el problema de los conceptos jurídicos fundamentales, propone, siguiendo la nota preliminar de Carrió en la obra de Hohfeld, dos soluciones:

- a) La primera consiste en reducir los conceptos ligados a las dos familias enunciadas, para lo cual busca redefinir los conceptos de “derecho subjetivo” y “deber jurídico”. De tal manera que todas las derivaciones de éstas queden comprendidas unívocamente. (Esta solución es atribuida a la teoría pura del derecho.)
- b) La segunda busca mantenerse cerca de los usos vigentes, y para lograrlo reconstruye los distintos conceptos jurídicos fundamentales, tomando en cuenta el lenguaje de los juristas. (Ésta es la solución que encuentra Hohfeld.)

⁴⁵ W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1997, p. 10.

Hohfeld, en su estudio, toma en cuenta la gran cantidad de usos vigentes, obtenidos de fallos judiciales y de los usos de los juristas en sus obras, y logra aislar ocho conceptos jurídicos fundamentales que agrupa en una tabla, como la que se muestra a continuación:

Modalidades activas	Modalidades pasivas
“Derecho”	“Deber”
“Privilegio”	“No-derecho”
“Potestad”	“Sujeción”
“Inmunidad”	“Incompetencia”

Estos conceptos parecen fáciles de apreciar, sin embargo, en torno a ellos las distintas teorías del derecho están en desacuerdo, pues se dan distintas definiciones de los mismos conceptos porque utilizan diferentes consideraciones teóricas y filosóficas.

Sin embargo, para simplificar este estudio, se analizarán los más importantes en forma clara y breve, considerando que no es necesario ser un experto en derecho para introducirse en estos temas.

Derecho subjetivo

Por lo general, el derecho subjetivo se define como:

La facultad de un sujeto para exigir a otro una conducta conforme a lo que establece una norma jurídica.

A este concepto pertenecen expresiones como “tener derecho a X”; la cual, aunque parece sencilla de entender, pertenece a la tradición iusnaturalista. Según ésta, aun cuando el derecho positivo nace del contrato social, esto es, de depositar la soberanía individual voluntariamente en el Estado, éste, por medio de la legislación positiva, regula y hace subsidiariamente exigibles los derechos de los individuos, los cuales no dependen de la ley positiva, sino que se consideran independientes y anteriores a ella.

En este sentido, *el derecho natural subjetivo se convierte en una facultad moral*, aunque no debe entenderse como un poder de hecho contra el cual no es posible resistirse, sino que precisa de la fuerza para su cumplimiento, lo que permite suponer

que el cumplimiento de un derecho se encuentra en el apoyo de la coacción, y ésta sólo es posible mediante la existencia de la ley positiva, la cual supone, al mismo tiempo, de la existencia del órgano que tiene el monopolio de la coacción: el Estado.

De acuerdo con lo anterior, “tener derecho a...” sólo adquiere sentido si existen sistemas normativos; de lo que se sigue que la existencia de los derechos conduce a la relación lógica o existencia de los deberes. La aceptación o afirmación de la existencia de un derecho subjetivo queda necesariamente ligada a la existencia de un deber, y éste sólo se considera “deber” si y sólo si existe una norma que lo imponga, es decir, la existencia del derecho (derecho subjetivo) impone el correlativo deber a ese derecho subjetivo.

Empero, esta correlación entre derechos y deberes sólo puede ser explicada a plenitud cuando se está frente a una relación inter-subjetiva, esto es, cuando se hace referencia a los derechos o deberes de un individuo respecto a los derechos y deberes de otro. Esto supone una relación lógica entre derecho, deber u obligación. La vinculación lógica se puede entender de la manera siguiente:

- Sólo se puede tener un derecho si se supone la existencia previa de una obligación en otra persona.
- La existencia de la obligación tiene fundamento en la previa adscripción de un derecho.

A esta teoría se le denomina *teoría de la correlatividad*, donde la existencia de un derecho subjetivo supone la existencia de una norma que impone un deber correlativo; no obstante, esta teoría es discutible, ya que al parecer los deberes tienen prioridad sobre los derechos, cuestión que no agrada del todo a algunos juristas.

Existen muchas objeciones al derecho subjetivo, pues parece, en principio, que la finalidad que surge de la obligación de la existencia de un derecho consiste en asegurar la posesión o disfrute del objeto de éste; con lo que se condiciona el goce del derecho o exigencia del mismo a la estricta voluntad de su titular, es decir, puede existir un derecho, pero su titular no lo exige. Por ejemplo, si alguien nos debe 100 pesos y decidimos no ejercerlo, aun teniendo derecho a exigir el pago, esto es, no cobrar ese dinero.

Con base en esas y otras consideraciones, surgen varias teorías acerca del derecho subjetivo, las cuales tratan de explicar lo que parecía sencillo.

Teoría de los derechos subjetivos

Entre las distintas teorías que explican el derecho subjetivo encontramos las siguientes:

- a) **Teoría de la voluntad:** Desarrollada por Bernardo Windscheid (1817-1892), uno de los más notorios representantes de la llamada “doctrina clásica alemana de la voluntad”. Para este jurista alemán, *el derecho subjetivo radica en el poder o señorío de la voluntad* que es reconocido por el derecho. Esto significa que, mediante el derecho subjetivo, un individuo ejerce su poder de imperio sobre otro sujeto, pero tal ejercicio o señorío no es absoluto, sino que se encuentra determinado por el orden jurídico; como, por ejemplo, en un contrato de compraventa, donde el comprador tiene el derecho, en función de lo establecido por la ley, de exigir al vendedor la entrega de lo que le vendió, es decir, está en su derecho de exigir que se le entregue lo que compró.

Este derecho, claro ésta, sólo le asiste al comprador o, en su caso, a la persona por él designada; en consecuencia, nadie más podrá exigir esto al vendedor.

Para Windscheid, el derecho subjetivo se puede entender de dos maneras:

1. *Como la facultad de exigir a una persona o sujeto un comportamiento determinado positivo (hacer) o negativo (abstención o no hacer).* Siguiendo el ejemplo anterior, esta facultad de poseedor del derecho aparece cuando una norma jurídica (derecho objetivo) prescribe la conducta y faculta a otro sujeto (poseedor del derecho subjetivo), para exigirla. Éste es el caso de la facultad que tiene el comprador para exigir la cosa vendida. Esto significa que, de la voluntad del beneficiado depende valerse o no del precepto y poner en acción los medios que el ordenamiento jurídico le otorga.
 2. *Como la intervención decisiva de la voluntad del particular para el nacimiento de facultades o para la extinción o modificación de las ya existentes.* Este derecho es el que faculta al propietario para enajenar sus bienes, o a un contratante para rescindir un contrato, etc. Lo anterior significa que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de facultades o para la extinción o modificación de las ya existentes.
- b) **Teoría del interés o del beneficiario de Rudolf von Jhering:** Según este jurista, la existencia de un derecho asegura a su titular ciertas ventajas o beneficios. Esta seguridad jurídica se establece gracias al derecho de ejercer una acción ante los

tribunales que tienen obligación de proteger al que lleva a cabo dicha acción. Jhering afirma que en todo derecho hay dos elementos: *uno formal y otro sustancial*.

- **Elemento sustancial** es en el que reside el fin práctico, la utilidad, la ventaja o la ganancia asegurada por el derecho; *es el interés jurídicamente protegido*, el cual puede comprender cualquier tipo de bien que represente utilidad para el sujeto.
- **Elemento formal** relacionado con el anterior como un medio con un fin, a saber, la protección del derecho, la acción en justicia.

Con todo, hay que recordar que en esta teoría no todos los intereses o utilidades materiales de los sujetos quedan protegidos por la ley, ni todo lo que se encuentra protegido por la ley puede resultar de interés o de utilidad para el sujeto, es decir, puede haber derechos que la ley otorga a los sujetos y éstos no tener interés en ejercitar las acciones correspondientes para hacerlos exigibles.

En conclusión, el derecho subjetivo es, para Jhering, *el interés material o utilidad que representan los bienes para el sujeto y que se encuentra jurídicamente protegido por la ley*.

- c) **Teoría ecléctica de Jellinek:** En esta teoría se intenta combinar la teoría voluntarista de Windscheid con la teoría del interés de Jhering. En ello radica el carácter ecléctico de su teoría. Con base en esta combinación de teorías, propone que el derecho subjetivo *es el interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual*.
- d) **Teoría de Hans Kelsen:** Para este jurista no hay distinción entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, sino que sólo hay un único derecho.

El derecho subjetivo, dice, existe sólo si se basa en el derecho objetivo que es el único que existe. Por lo tanto, el derecho objetivo es puesto a disposición de una persona a efecto de que quede bajo la dependencia de su voluntad la aplicación o solicitud de aplicación de las sanciones que en el mismo se prevean.

El derecho objetivo se transforma en derecho subjetivo cuando está a disposición de una persona, o sea, cuando aquél hace depender de una declaración de la voluntad de ésta, la aplicación del acto sancionador. Al respecto Kelsen señala: “El derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma.”⁴⁶

⁴⁶ Citado por Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1999, p. 193.

El derecho subjetivo se convierte en una disposición que hace el sujeto del derecho objetivo, éste es el mecanismo que tiene el particular a su disposición para solicitar sus pretensiones ante la autoridad o hacer valer sus derechos cualesquiera que éstos sean.

Ahora bien, si el derecho subjetivo se convierte en una disposición que hace el sujeto del derecho objetivo, debemos estudiar, cómo funciona o cómo se concreta esta disposición realizada por el sujeto poseedor del derecho subjetivo. Para entender esto hay que profundizar en el estudio del derecho subjetivo.

Los derechos subjetivos según Hans Kelsen

Según Kelsen, la relación del hombre con el derecho puede ser de sometimiento a la norma, de participación en su creación o de libertad frente ésta.

El jurista Hans Kelsen, en su obra *Teoría general del Estado* (Libro Segundo del Capítulo Quinto), analiza los derechos subjetivos refiriéndose específicamente al deber jurídico, libertad o derecho subjetivo, dependiendo de que la relación del pueblo sea activa, pasiva o negativa.

Hans Kelsen opina que la relación de la conducta humana con el orden jurídico puede ser:

- De sometimiento a la norma, donde la relación es pasiva, es decir, el hombre se encuentra sumiso frente al orden jurídico y su conducta no se traduce en el ejercicio de un derecho, sino en el cumplimiento o desobediencia de un deber, según esté conforme con ese orden jurídico o no lo esté; si actúa de manera contraria a lo debido está enlazada a una coacción jurídica. (De esto deriva el deber jurídico.)
- De participación en la creación de la norma, donde la relación es activa, *i.e.*, el orden jurídico afecta al hombre cuando la conducta humana crea las normas, cuando participa en la legislación o cuando su conducta constituye un hecho calificado por el mismo orden jurídico como condición de validez de las nuevas normas. En esta relación activa, el comportamiento del hombre aparece como ejercicio de derechos subjetivos. (De aquí surge el derecho subjetivo o la facultad jurídica.)
- De libertad frente a la norma, es decir, el hombre no tiene la menor relación con ella, y puede decirse que dicha ausencia de relación se convierte en negatividad. El sujeto es libre frente a la norma, en pocas palabras, el sujeto tiene derecho de

ejecutar u omitir aquellos actos no regulados de ningún modo por la ley, de lo cual deriva la libertad.⁴⁷

Para concluir con la teoría kelseniana, hay que considerar que, cuando la persona se encuentra en relación de actividad con el orden jurídico, la intervención del sujeto puede manifestarse:

- En la creación de normas genéricas, donde el acto de participación creativo constituye el ejercicio de un derecho político.
- En la creación de normas individualizadas, la cual puede ser:
 - a) Realizada por órganos del Estado, donde se originan las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas.
 - b) Realizada por los particulares, ya sea de manera unilateral, donde surgen los derechos de acción, o bilateral, lo que da origen a los derechos subjetivos privados.

Clasificación de los derechos subjetivos

La comprensión del derecho subjetivo se facilita si estudiamos los distintos grupos de derechos subjetivos que, en el ámbito jurídico, existen. Estos grupos de derechos subjetivos se clasifican del modo siguiente:

a) Derechos subjetivos a la propia conducta y a la conducta ajena

El derecho subjetivo visto de este modo puede entenderse de dos formas: la primera, sería *la facultad de un individuo para usar, disfrutar o disponer de un derecho*. Estas facultades son concedidas por la ley, es decir, por el derecho objetivo; se refieren a la actividad propia del sujeto que las posee, no son para exigir a otro una conducta, sino que son facultades de ejercicio del poseedor del derecho subjetivo, las cuales se cumplirán y versarán sobre su propia conducta.

Según esto, podemos entender que *el derecho subjetivo a la propia conducta* es:

La facultad que le es concedida por la ley a un individuo para usar, disfrutar y disponer de un derecho referido a su propia conducta.

⁴⁷ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1948, pp. 197-200.

Un ejemplo de este derecho es el de propiedad. Éste es un derecho en el que el dueño está facultado para usar, disfrutar o disponer de la manera que desee una cosa (en este caso, su propiedad). Sin embargo, como es de notar, el ejercicio del derecho de propiedad depende de la propia conducta del propietario. No es, pues, la facultad de exigir a otro una conducta, sino que mediante la conducta propia (el propietario) puede ejercer el derecho de propiedad que tiene sobre la cosa.

Ahora bien, ¿cómo se ejerce este derecho subjetivo a la propia conducta? Mediante acciones u omisiones del poseedor del derecho de propiedad, es decir, por medio de las facultades siguientes:

1. La *facultas agendi* (facultad de hacer): cuando mediante la propia conducta se ejerce la facultad de hacer algo. Un ejemplo de esta *facultas agendi* es el que una persona, siendo propietaria de su casa, elija vivir en ella, es decir, al vivir en su casa ejerce su derecho subjetivo, referido a la propia conducta, mediante un “hacer algo”, que en este caso es vivir en su casa.
2. La *facultas omittendi* (facultad de omitir): cuando mediante una conducta se ejerce la facultad de usar, disfrutar o disponer de un derecho con un “no hacer”, es decir, ésta consiste en una abstención.

La *facultas omittendi* consistente en una abstención o en un “no hacer”, y esto puede comprenderse, a su vez, de dos maneras:

- a) Como el derecho a la omisión de la conducta ilícita, es decir, si una conducta está prohibida, tiene derecho de omitirla, y “se abstiene” de violar la ley.
- b) Como la facultad que tiene un individuo de no ejercitar los derechos si éstos no se fundan en una obligación propia que sea necesario cumplir. Ejemplo de ello sería cuando alguien debe algo a otro individuo, y éste tiene el derecho subjetivo de no reclamarle el pago o la devolución de lo debido si así lo desea. Lo anterior significa que cuenta con la facultad de no ejercer su derecho, que en este caso es “no hacer” el reclamo del pago.

Con respecto *al derecho subjetivo a la conducta ajena* es el derecho subjetivo que se refiere a la conducta de otra persona, es decir, en este caso siempre es necesaria la intervención de otro sujeto.

El derecho subjetivo a la conducta ajena se entiende como:

La facultad de un individuo para exigir a otro una determinada conducta conforme a lo establecido en una norma jurídica.

El derecho subjetivo a la conducta ajena se traduce en una *facultas exigendi* que, a diferencia del derecho subjetivo a la propia conducta donde el titular ejerce su derecho mediante las *facultas agendi* o *facultas ommitendi* sin necesidad de recurrir a otro sujeto, siempre requiere que el titular del derecho recurra a otro para exigirle una conducta, y ese otro es el sujeto pasivo de la relación jurídica.

b) Derechos subjetivos relativos y absolutos

Otro grupo de derechos subjetivos son:

1. **Los derechos subjetivos relativos.** Un derecho subjetivo se denomina relativo cuando el sujeto pasivo (obligado) está determinado individualmente. El derecho de crédito, uno entre los muchos derechos subjetivos relativos, es un derecho personal, y donde el sujeto pasivo se encuentra determinado desde su nacimiento.

Podemos decir que:

El derecho subjetivo es relativo cuando la obligación corresponde a sujetos individualmente determinados.

Como es fácil advertir, los derechos subjetivos relativos son indeterminados en número, pues puede haber tantos derechos subjetivos relativos como sujetos estén dispuestos a contraerlos y a cuantas obligaciones estén dispuestos a tener.

2. **Derechos subjetivos absolutos.** Un derecho subjetivo es absoluto siempre que los sujetos pasivos constituyan la universalidad de personas a quienes se impone una obligación. Un ejemplo de esto es el derecho del propietario a que se respete su propiedad, en este derecho los sujetos pasivos son todos los obligados a respetar su propiedad, es decir, son una universalidad de personas a quienes se impone esa obligación.

c) Derechos subjetivos privados y públicos

Los derechos subjetivos privados son:

La suma de facultades que posee el individuo frente a otros particulares.

Los derechos subjetivos privados se dividen en personales o de crédito y reales:

1. *Derechos personales o de crédito*, en el que se establece una relación jurídica entre un deudor y un acreedor, quien puede exigir cumplir con una prestación de carácter patrimonial; dicha prestación puede ser de dar, hacer o no hacer, y a la cual se encuentran obligados por voluntad de las partes o por mandato de una ley.
Los derechos subjetivos privados, cabe notar, son derechos subjetivos relativos, pues, como se dijo antes, desde que nacen estos derechos, los sujetos, se encuentran determinados, como ocurre precisamente en el derecho de crédito.
2. *Derechos reales*. En este caso, el poder jurídico se ejerce directa o indirectamente respecto de un bien para obtener el grado de aprovechamiento que autoriza un título legal.

Respecto a los derechos subjetivos privados reales, se advierte que son los mismos derechos subjetivos absolutos, donde los sujetos pasivos son la universalidad de personas, es decir, los sujetos pasivos no están individualmente determinados.

Un ejemplo de estos derechos es el de propiedad, el cual es un derecho real, y frente a él los obligados o sujetos pasivos son la universalidad de personas, esto es, no estamos individualmente determinados. Empero, todos estamos obligados, frente al propietario, a no interferir en el goce de su derecho de propiedad. Por ello, se dice que este derecho es oponible universalmente.

Los derechos subjetivos públicos son:

La suma de facultades de los particulares frente al poder público, que representa las limitaciones que el propio Estado se impone.

Esto significa que el Estado concede a los particulares ciertas facultades que el mismo Estado, en ejercicio de su poder de imperio, se autoimpone. Para el particular es un derecho que tiene frente al Estado y para éste representa una limitación que el mismo se impone.

Estos derechos subjetivos públicos, siguiendo la postura de Jellinek, son tres: el de libertad, el de acción o derecho para pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales, y el de petición y derechos políticos.

A continuación se explican esos derechos:

1. El derecho de libertad

Para comprender lo que es el derecho subjetivo de libertad o el derecho de libertad es necesario establecer las siguientes precisiones:

- Primero, no hablamos de libertad desde el punto de vista filosófico, pues ello nos llevaría a muchas discusiones que, aunque válidas, en este momento desviarían el tema.
- Segundo, hay que distinguir entre la libertad en sentido amplio y la libertad jurídica. La primera se manifiesta como “la libertad del querer”, mientras que la libertad jurídica, la que nos interesa, se expresa como “una facultad derivada de una norma”.

Entonces, es posible afirmar, con base en estas precisiones, que *la libertad jurídica* es la autorización que el derecho da para realizar u omitir ciertos actos. En este sentido, cuando se viola una norma nos encontramos frente a una manifestación del libre albedrío, el cual no representa el ejercicio de la libertad jurídica.

Para entender la afirmación anterior y comprender esta facultad o autorización que el derecho otorga para realizar u omitir ciertos actos, es importante estudiar los actos jurídicamente regulados.

El derecho, como ya se sabe, regula la conducta y las acciones humanas, pero no todas estas acciones o actos son regulados por el derecho, sino sólo los que considera importantes o trascendentes para una convivencia social armónica.

Ahora bien, dentro de los actos jurídicamente regulados existen tres categorías: *los ordenados, los prohibidos y los potestativos*.

Los actos ordenados se deben realizar, y si no se realizan es una manifestación del libre albedrío, pero no del derecho de libertad. De la misma manera, los actos prohibidos se tienen que omitir, la sola realización de un acto prohibido es también una manifestación del libre albedrío, pero no del derecho de libertad.

El derecho de libertad se puede entender, en una primera instancia, como:

La facultad de hacer u omitir los actos que no están ordenados ni prohibidos.

El derecho de libertad siempre se refiere a la ejecución u omisión de los actos potestativos. Esto quiere decir que los actos ordenados se deben ejecutar y los actos prohibidos se tienen que omitir; por lo tanto, el derecho de libertad sólo versa sobre la ejecución u omisión de actos potestativos, es decir, sobre las formas de conducta que el derecho ni ordena ni prohíbe, aunque si las regule.

El derecho de libertad, entonces, no significa violar la ley, sino hacer lo que la ley dice cuando ordena y omitir hacer algo cuando lo prohíbe.

De acuerdo con lo anterior y considerando las tres categorías de los actos jurídicamente regulados, se concluye lo siguiente:

1. El derecho de libertad no queda restringido al ámbito de lo permitido, es decir,
2. Jurídicamente no sólo se autoriza la ejecución u omisión de los actos potestativos, sino que,
3. Autoriza la ejecución de lo ordenado, y
4. Autoriza la omisión de lo prohibido.

Por otra parte, diremos que lo permitido coincide con lo lícito y lo prohibido con lo ilícito. Para entender esto véase el siguiente cuadro:

Una conducta es lícita cuando:	Una conducta es ilícita cuando:
• Ejecuta los actos ordenados por la ley.	• Omite los actos ordenados.
• Omite los actos prohibidos por la ley.	• Ejecuta los actos prohibidos.
• Se ejecutan u omiten los actos que no están ni ordenados ni prohibidos.	

Ahora bien, como se observa, lo lícito rebasa con mucho el ámbito de lo jurídico, por tal motivo la actividad lícita puede ser obligatoria (tal es el caso de las dos primeras líneas de la conducta lícita) o potestativa (la última línea de la conducta lícita) de lo cual se deduce que:

- La actividad lícita es obligatoria cuando se permite su ejecución y se prohíbe su omisión.
- La actividad lícita es potestativa cuando no sólo se autoriza su ejecución, sino también su omisión.

Por ejemplo, contribuir con el gasto público es lícito y a la vez obligatorio, razón por la que cuando un sujeto cae en el supuesto de una disposición impositiva se le prohíbe no pagarla. Pero, por ejemplo, salir de vacaciones es una actividad lícita, pero no obligatoria, ya que su omisión está permitida.

Siguiendo el análisis anterior, ahora se puede definir que el derecho de libertad es:

La facultad de toda persona por optar entre el ejercicio o no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.

Con todo, el derecho de libertad no es un derecho absoluto (no significa hacer lo que se nos venga en gana) ni tampoco es independiente, dado que siempre se encuentra acotado por la ley. Es decir, el derecho de libertad siempre descansa en el acotamiento que, de la libertad individual, realice la ley, pues sólo de esta manera se garantiza su ejercicio y se vuelve factible la convivencia de la libertad de un individuo frente a la libertad de otro.

El derecho de libertad queda reducido al derecho concedido al titular de la facultad por optar entre el ejercicio o no ejercicio de dicha libertad. El derecho de libertad es, por lo tanto, una facultad de opción, técnicamente llamada *facultas optandi*.

El derecho de libertad se ejercita optando (*facultas optandi*) y puede manifestarse de dos maneras:

- A través del ejercicio de la facultad fundante, en cuyo caso se denomina *facultas agendi* o facultad de hacer. (Hacer lo que la ley ordena.)

- A través del no ejercicio de la facultad, en cuyo caso se denomina *facultas omittendi* o facultad de omitir. (Omitir lo que la ley prohíbe.)

De este modo, el titular de la facultad fundada tiene derecho de optar (*facultas optandi*) entre el ejercicio (*facultas agendi*) o el no ejercicio (*facultas omittendi*) de la fundante.

En conclusión, el derecho de libertad jurídica consiste en la facultad de opción o *facultas optandi*, y sólo puede expresarse a través de una acción o *facultas agendi*, cuyo correspondiente deber consiste en no impedir el ejercicio de la facultad, o bien, a través de una omisión o *facultas omittendi*, cuyo deber correlativo consiste en no exigir el ejercicio del derecho independiente.⁴⁸

2. Derecho de acción o derecho para pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales

En el inicio de la historia humana los conflictos surgidos entre los individuos se resolvían según lo que cada persona que intervenía en el conflicto lo entendía o según la razón que pensaban tener.

No siempre prevalecía el buen entender y las razones esgrimidas no siempre eran válidas; por lo que la defensa de los intereses de las partes en conflicto se tornaba cada vez más complicada.

El sujeto ofendido o agraviado rechazaba la ofensa o vengaba el agravio por la fuerza, porque la fuerza era el único medio a su alcance para salvaguardar sus intereses. Con el transcurrir de los años se creó el derecho y se fundó el poder público, el cual empieza a intervenir en la solución de las controversias, ya sea en el papel de conciliador, árbitro o amigable componedor, o en el papel que desempeña actualmente.

De esta manera se priva al individuo de la defensa personal de sus intereses o de la aplicación de la justicia privada, y el poder público —el Estado— se reserva para sí el monopolio de la justicia, quedando como garante de la defensa y la resolución de los conflictos en que estuviesen involucrados los particulares.

La función, por medio de la cual el Estado resuelve las controversias de los particulares y tutela los derechos se conoce con el nombre de *función jurisdiccional*. Gracias

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 215-226.

a ella, la solución oficial de los conflictos queda en manos de la autoridad. Por esta razón el ofendido o agraviado ya no puede hacerse justicia por propia mano, sino que ha de acudir a los órganos jurisdiccionales —órganos del Estado— con la finalidad de que, si el reclamante está facultado para exigir solución, le sean resueltos y, de ser posible, se ordene la satisfacción.

La función jurisdiccional busca, mediante la aplicación de las leyes a casos concretos, proteger los derechos subjetivos de los particulares, obligando, de manera coactiva a obedecer sus resoluciones a quienes los hayan vulnerado.

La función de juzgar es un deber jurídico para el Estado, correlativo de una facultad del particular que el propio Estado le ha concedido. Así, para proceder, el órgano jurisdiccional requiere en términos generales de una instancia de parte, es decir, es indispensable que el interesado demande ante el órgano del Estado la observancia de la norma para que se ejercite el correspondiente derecho.

Para que el órgano jurisdiccional del Estado actúe, se requiere que el particular ejercite su derecho, solicitando su intervención. Este derecho de pedir la intervención del Estado en provecho de intereses individuales, se conoce en el ámbito jurídico como *derecho de acción*:

*La facultad de un particular de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva.*⁴⁹

Las teorías sobre el derecho de acción han sido desarrolladas por los grandes procesalistas, como los italianos Chiovenda, Hugo Rocco, Calamandrei y Francesco Carnelutti.

3. Derecho de petición y derechos políticos

Dentro de los derechos subjetivos públicos, además del derecho de libertad y el derecho de acción, se encuentra el *derecho de petición*, el cual pertenece a la clase de los derechos con que cuenta el individuo para pedir la intervención del Estado en provecho de sus intereses individuales.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 229.

El derecho de petición se considera un derecho subjetivo público, lo que quiere decir que es el derecho del individuo frente al Estado.

Para el Estado, este derecho significa una autolimitación, ya que éste, el Estado, se autoimpone una limitación y concede facultades al particular frente al poder público. También es necesario considerar que es un derecho de carácter relativo, debido a que la obligación que deriva de él corresponde a las autoridades a quienes se dirige la petición.

En la legislación mexicana, el derecho de petición está consagrado principalmente en el artículo 8o. de la Carta Magna, que dice:

Los funcionarios y empleados públicos respetarán el derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer acuerdo escrito de autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerla conocer en breve término al peticionario.

El derecho de petición también aparece en la fracción V del artículo 35 constitucional, en la cual prevé:

Son prerrogativas del ciudadano:

V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Por *derecho de petición*, según lo anterior, entendemos:

Un derecho subjetivo público mediante el cual el particular tiene la facultad de formular peticiones a los órganos del Estado y recibir respuesta de ellos.

Respecto a los derechos subjetivos públicos, denominados derechos políticos, se traducen en la participación del particular en la vida pública.

A estos derechos políticos se refiere también el citado artículo 35 constitucional en sus fracciones I, II y IV, donde se dice que:

Son prerrogativas del ciudadano:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;

III. ...

IV. Tomar las armas en el ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes.

Es evidente que, mediante el ejercicio de las facultades mencionadas en el artículo constitucional transcrito, el particular participa en la formación de la voluntad estatal. Por lo tanto, podemos definir los derechos políticos como:

*Los derechos subjetivos públicos que conceden al particular la facultad de participar en la formación de la voluntad estatal.*⁵⁰

4. Derecho del obligado y del pretensor

Por lo hasta aquí estudiado, es evidente que a todo deber jurídico corresponde un derecho por parte del obligado. Este derecho es el de acatar o no ese deber. A esto se le conoce como *derecho del obligado*.

El *derecho del obligado* consiste en el derecho que tiene una *persona de acatar un deber jurídico*.

La ley concede a las personas posibles de un deber jurídico o a quienes impone obligaciones, el derecho de cumplirlas, de lo contrario sería contradictoria, pues al mismo tiempo ordenaría y prohibiría una misma actuación.

Un ejemplo del derecho del obligado se encuentra en el ámbito fiscal, es decir, el derecho subjetivo de acatar el deber jurídico, esto es, acatar la ley y pagar.

Por otra parte, existen otros derechos que no se basan en el cumplimiento de un deber jurídico o una obligación por parte del titular, como en los casos anteriores. No se reducen al sólo cumplimiento de una obligación, como en el derecho del obligado, y se les conoce como *derecho del pretensor*.

El derecho del pretensor es *un derecho no fundado en un deber del derechohabiente o del titular, sino en la facultad o derecho subjetivo del acreedor*.

Un ejemplo del derecho del pretensor sería que, en el caso de la compraventa de un bien, el derecho del vendedor de exigir el pago de la deuda al comprador no se basa en una obligación del acreedor, sino en la facultad que éste tiene (derecho del pretensor) de exigir al comprador que cumpla con el deber jurídico o la obligación pactada, quien, en todo caso, tiene el derecho de acatar lo establecido en ese deber jurídico (derecho del obligado).

⁵⁰ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 199.

En el ejemplo anterior el *derecho del obligado* lo tiene el comprador que debe el pago de ese bien, quien tiene el deber jurídico de pagar y tiene derecho de acatar ese deber jurídico. Por su parte, el derecho del pretensor es el que le asiste al vendedor, el cual se basa en la facultad que tiene de exigir al comprador que cumpla con el deber jurídico que tiene (pagar lo pactado).

5. Derechos subjetivos dependientes e independientes

El derecho subjetivo, en términos generales, se entiende como la facultad de un individuo para exigir a otro una determinada conducta conforme a lo que establece una norma de derecho.

Sin embargo, si se profundiza en el estudio de las facultades con que cuentan los individuos para exigir a otros determinadas conductas, podemos encontrar que:

- i. Hay derechos subjetivos dependientes, es decir, *son derechos que se basan en otro derecho o en un deber jurídico del titular*. En ello radica la denominación de derechos subjetivos dependientes, precisamente por basarse o depender de otro derecho o de un deber jurídico de su titular.
- ii. Existen, a diferencia de los anteriores, otros derechos subjetivos denominados independientes que *son derechos no fundados en un deber jurídico o en otro derecho del mismo sujeto*.

Así, pues, son derechos subjetivos dependientes:

Los que se basan en otro derecho o en un deber jurídico del titular.

Un ejemplo de este tipo de derecho subjetivo es la facultad de los ciudadanos de participar en las elecciones. Se considera que es un derecho subjetivo dependiente porque se basa en otro derecho o en el deber jurídico de votar.

Por otra parte, los derechos subjetivos independientes no se basan en otro derecho del mismo sujeto ni en un deber jurídico, de ahí el calificativo de independientes. De modo que los derechos subjetivos independientes son:

Los derechos no fundados en un deber jurídico o en otro derecho del mismo sujeto.

El ejemplo típico de un derecho subjetivo independiente es el de propiedad. Dado que la facultad de disponer de nuestras propiedades no se basa en un deber jurídico, se dice que esta facultad es independiente, no dimana de un deber jurídico.⁵¹

Deber jurídico

A través del estudio del concepto de derecho subjetivo, se nota la importancia de su correlativo, el cual, para decirlo en el lenguaje de Hohfeld, es el *deber*.

Dentro de las explicaciones acerca del deber destacan dos teorías:

- a) **Teoría imperativa del derecho:** Este tipo de derecho, en palabras de su representante J. Bentham, es un conjunto de signos declarativos de una voluntad, concebidos o adaptados por el soberano de un Estado, concernientes a la conducta que debe ser adoptada en cierto caso por una persona, o varias personas, sometidas a su poder.

De acuerdo con esta consideración, *las normas jurídicas son concebidas como deberes o mandatos que imponen tales deberes*.

Para Bentham el deber jurídico es concebido como una ficción. De este modo, decir que “X” tiene la obligación de hacer “Y” equivale a afirmar que si “X” no realiza el acto en que consiste “Y” sufrirá, probablemente un mal (sanción) de algún tipo.

Según Bentham existen cuatro tipos de deberes:

1. El deber político, generado por el castigo, por la voluntad de las personas constituidas en autoridad política.
2. El deber religioso, derivado del castigo del Ser Supremo.
3. El deber moral, generado por sanciones indeterminadas impuestas por ciertos grupos de personas.
4. El deber natural, proveniente de sanciones físicas de acontecimientos naturales.

La base de la noción de obligación, de acuerdo con la teoría imperativa de Bentham, radica en la probabilidad de sufrimiento y éste, a su vez, proviene de funcionarios elegidos por la comunidad para imponerlo siguiendo normas jurídicas.

⁵¹ Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 204.

Otro de los representantes de la teoría imperativa del derecho es John Austin, para quien la norma jurídica es el mandato de un superior a un inferior, entendiendo que la relación entre ambos es de superioridad, lo que posibilita que el superior haga cumplir la ejecución de la sanción que figura en la norma.

Esta postura ha sido criticada por reduccionista, ya que, por poner un ejemplo, cuando un individuo es llevado a prisión y compelido a entrar en ella, no representa un caso genuino de “tener una obligación”, sino es más bien “verse obligado a hacer algo”. Para Austin tener un deber o una obligación se define como una situación en la que se está sujeto o expuesto a recibir el mal con el que se amenaza. Ciertamente, esta definición es aplicable al caso del asaltante armado que exige por la fuerza la entrega de una suma de dinero. No es éste un supuesto al que aludamos de ordinario con enunciados del tipo “tuve la obligación de entregarle el dinero”, sino que la frase adecuada sería “me vi obligado a entregarle el dinero”.⁵²

- b) **Deber jurídico de Kelsen:** Como es sabido, la postura kelseniana se caracteriza por la pretensión de deslindar el derecho de cualquier consideración política, social, ética o económica que le sea ajena. En este afán, presenta al derecho en su aspecto puramente formal, que se explica a sí mismo y presenta al derecho positivo tal y como es, no como debe ser.

Para Kelsen existe el deber jurídico o lo identifica con la existencia de la norma jurídica en la medida en que ésta contempla, para un determinado comportamiento humano, una sanción, *i.e.*, un acto coactivo administrado por los órganos de la comunidad facultados para ello, como el Estado, que tiene el monopolio de la coacción.

El deber jurídico, según Kelsen, siempre supone que alguien está jurídicamente obligado a determinada conducta y que un órgano debe aplicarle una sanción en caso de que se comporte de manera contraria.

El deber jurídico es el comportamiento por cuya observancia el acto antijurídico es evitado. Finalmente, cabe señalar que, para Kelsen, el concepto “deber” no sólo significa “estar ordenado”, sino también “estar facultado” o “estar positivamente permitido”. El propio jurista lo explica así:

La obligación jurídica no es, como ya se señaló en un contexto anterior, la conducta debida, o no es la conducta inmediatamente debida. Si se dice que quien

⁵² J. Betegón Carrillo, y otros, *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 182.

está jurídicamente obligado a determinada conducta, “debe” comportarse así en mérito al derecho, lo que así se expresa es el estar siendo debido —es decir, el estar positivamente permitido, el estar facultado o el estar ordenado— el acto coactivo que funciona como sanción, en cuanto consecuencia de la conducta opuesta.⁵³

Acción antijurídica y sanción

Otro de los conceptos jurídicos considerados como fundamentales por la teoría del derecho es el de ilícito o acción antijurídica. Quien ha desarrollado más ampliamente este concepto es Kelsen quien expresó que la acción antijurídica se encuentra estrechamente ligada a la sanción.

Kelsen dijo al respecto:

Se suele a veces caracterizar el derecho como un orden coactivo, afirmando que el derecho obliga a determinada conducta humana bajo “amenaza” de actos coactivos, es decir, de ciertos males como la privación de la vida, la libertad, la propiedad, etcétera. Pero esta formulación ignora el sentido normativo en que los actos coactivos en general y, en especial, las sanciones son estatuidas por el orden jurídico. El sentido de una amenaza radica en que será infligido un mal bajo determinadas condiciones; el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, *deben* infligirse ciertos males; que, formulado con mayor generalidad, determinados actos coactivos *deban* ser ejecutados bajo determinadas condiciones.⁵⁴

De esta manera, Kelsen manifiesta que el ilícito aparece en el enunciado de la norma y es el antecedente, más no la negación, del derecho. Lo describe de la siguiente manera, se trata de una proposición hipotética que dice que si se presenta una determinada conducta debe llevarse a cabo determinado acto coactivo.

De lo anterior resulta que el delito se convierte en la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción.

Si el derecho, siguiendo la postura kelseniana, es concebido como un orden coactivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece como un enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones —determinadas por el orden jurídico— debe efectuarse determinado

⁵³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1983, p. 133.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 57.

acto coactivo. Actos coactivos son aquellos que han de cumplirse aun en contra de la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física.

Dentro de los actos coactivos, siguiendo al creador de la *teoría pura del derecho*, diremos que existen dos tipos:

- *Las sanciones*: actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico.
- *Actos coactivos que carecen de ese carácter*: la internación coactiva de individuos que padecen enfermedades socialmente peligrosas; o que en razón de su raza, sus opiniones políticas o sus convicciones religiosas son considerados como dañinos; o, finalmente, por la supresión o privación coactiva de la propiedad por razones de interés público. Ninguno de estos casos se encuentra entre las condiciones del acto coactivo estatuidas por el orden jurídico, ninguna acción u omisión determinadas por el orden jurídico, correspondientes a determinado individuo.⁵⁵

El propio Kelsen expresa ciertos inconvenientes derivados del acto antijurídico como la condición o antecedente de la sanción.

El delito, explica, es normalmente la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción.

Esta determinación conceptual de delito, no obstante, sólo es aceptable cuando la sanción se dirige contra el delincuente, es decir, contra el que mediante su propia conducta ha efectuado el delito. Se trata del caso, que se analizará más adelante, de responsabilidad por la propia conducta.

Sin embargo, la sanción no requiere estar dirigida siempre contra el delincuente, o sólo contra él, sino que puede dirigirse contra otro hombre u hombres. Tenemos, entonces, el caso de responsabilidad por la conducta ajena. Por lo tanto, el orden jurídico requiere determinar la relación en que el delincuente se encuentra con el hombre u hombres responsables de su delito. El orden jurídico puede responsabilizar al padre, al cónyuge del delincuente, o a cualquier otro miembro de la familia, o de un grupo más amplio al que el delincuente pertenezca. Si para simplificar el lenguaje, se designa con el término “allegados” (familiares, de un grupo racial, de una comunidad estatal) a los individuos que se encuentran en cierta relación, determinada por el orden jurídico, con el delincuente, responsabilizándolos por el

⁵⁵ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1983, p. 123.

delito de aquél, cabe determinar el delito como la conducta de aquel hombre contra quien o contra cuyos allegados se dirige la sanción como consecuencia.⁵⁶

Finalmente, para concluir con la postura de Kelsen:

“[...] el establecimiento de sanciones tiene su origen en la aplicación del principio de la revancha, que es decisivo para la convivencia social. El principio puede formularse del siguiente modo: si un miembro de la comunidad se comporta de manera que viola los intereses de la comunidad, entonces debe ser condenado, es decir, hay que imponerle un mal; si se comporta de manera que favorece los intereses de la comunidad debe ser premiado, es decir, hay que concederle un bien. En el principio de la revancha se expresa el principio de justicia de la igualdad: igual por igual, bien por bien, mal por mal. Como la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente.⁵⁷

En conclusión, puede entenderse, con base en lo anterior y pese a los inconvenientes a los que se ha hecho referencia, que la acción antijurídica es:

La acción o antecedente de la sanción. Es el ilícito que aparece en el enunciado de la norma. Se trata de una proposición hipotética que dice que si se presenta una determinada conducta debe llevarse a cabo determinado acto coactivo.

En concordancia con lo anterior, una sanción es:

El acto coactivo que, como consecuencia del propio comportamiento y bajo las condiciones determinadas por el orden jurídico, debe efectuarse.

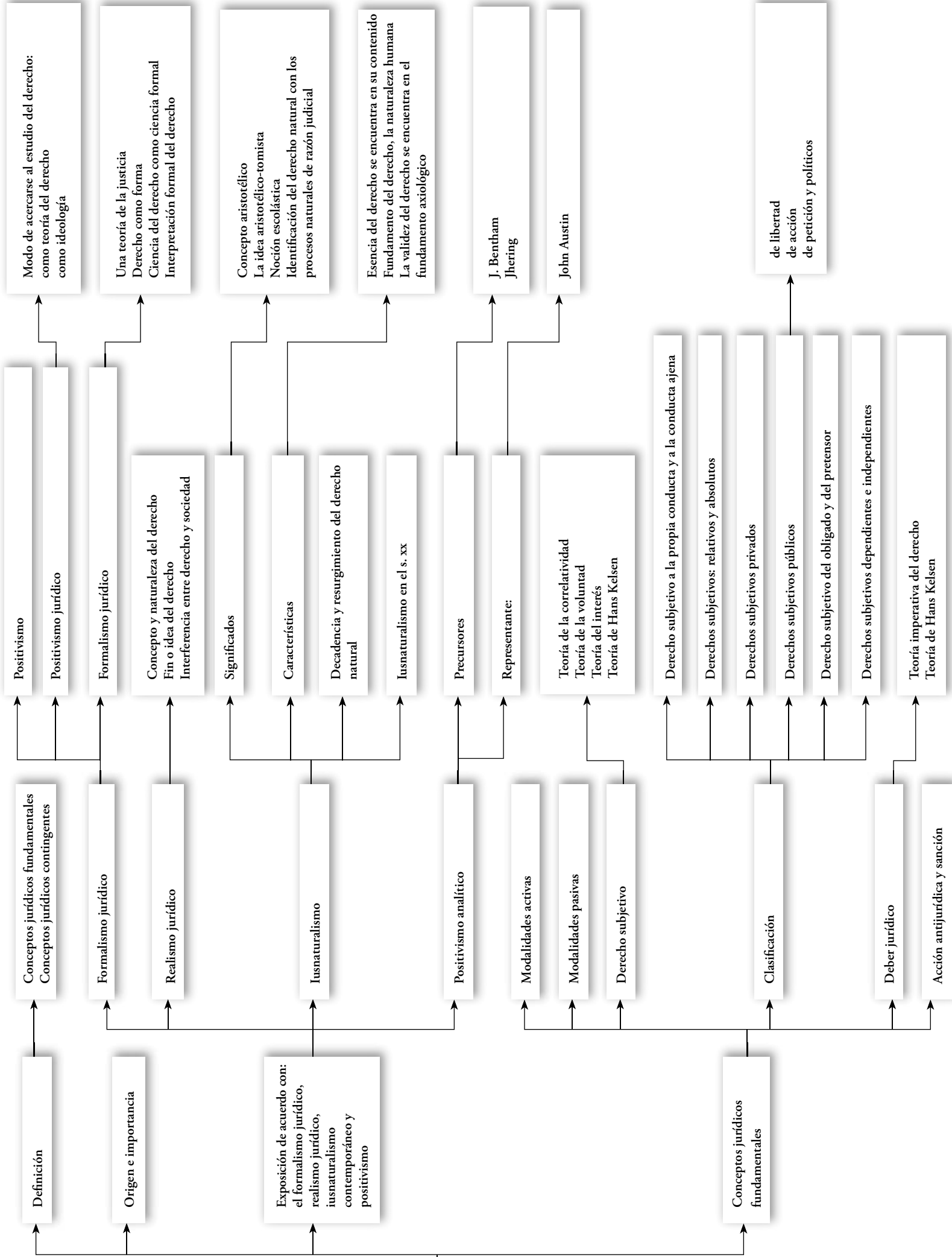
Los actos coactivos han de cumplirse aun en contra de la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, se recurrirá a la fuerza física.

Para concluir, estudie el siguiente esquema conceptual.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁵⁷ Hans Kelsen, *Teoría de las normas*, Trillas, México, 2003, p. 140.

Conceptos
jurídicos
fundamentales



ACTIVIDADES

Conteste el siguiente cuestionario.

1. Defina los conceptos jurídicos fundamentales.
2. Explique, brevemente, el origen y la importancia de los conceptos jurídicos fundamentales.
3. Explique a partir de lo que dice Bobbio, cómo se puede entender el positivismo jurídico.
4. ¿Qué es el derecho como forma?
5. ¿Qué es la interpretación formal del derecho?
6. ¿Qué son las directivas, según el realismo jurídico?
7. ¿Cómo explica Alf Ross el concepto de derecho vigente?
8. Explique la crítica de Bentham a los postulados básicos del derecho natural: “Vivir honestamente”, “No hacer daño a nadie” y “Dar a cada quien lo suyo”.
9. Explique las funciones del Estado según Bentham.
10. ¿Qué es la ciencia del derecho según Austin?
11. ¿Qué es la ciencia de la legislación según Austin?
12. ¿Cuál es la pretensión del estudio de los conceptos jurídicos fundamentales?
13. ¿Cuáles son las soluciones propuestas para resolver el problema de la diversidad de conceptos empleados en el derecho, según Carrió?
14. ¿Cuáles son los ocho conceptos jurídicos fundamentales que logra aislar Hohfeld y que agrupa en modalidades activas y modalidades pasivas?
15. Explique la teoría de la correlatividad del derecho subjetivo.
16. ¿Cómo explica el derecho subjetivo la teoría de la voluntad?
17. ¿Cuáles son las dos formas en que puede entenderse el derecho subjetivo, según la teoría de la voluntad de Windscheid?
18. ¿Cuál es elemento sustancial del derecho subjetivo en la teoría del interés o del beneficiario de Jhering?
19. ¿Qué es para Jhering el derecho subjetivo?
20. Defina, según lo que dice Jellinek, el derecho subjetivo.
21. ¿Qué es el derecho subjetivo a la propia conducta?
22. ¿De qué formas se puede entender la *facultas omittendi*?
23. ¿Qué es la *facultas exigendi*?

24. Dé un ejemplo de un derecho subjetivo absoluto.
 25. ¿Qué es el derecho subjetivo de libertad en una primera aproximación?
 26. ¿Cuándo se dice que una conducta es lícita?
 27. ¿Qué es el derecho de libertad?
 28. Explique por qué se dice que el derecho de libertad se ejercita mediante la *facultas optandi*.
 29. ¿Qué es la función jurisdiccional?
 30. ¿Qué es un derecho subjetivo independiente?
 31. ¿Qué es un derecho subjetivo privado real?
 32. ¿Qué es un derecho subjetivo público?
 33. ¿Qué es el derecho de acción?
 34. ¿Qué es el derecho de petición?
 35. ¿Qué es el derecho subjetivo del pretensor?
 36. ¿Qué es el derecho subjetivo del obligado? Dé un ejemplo.
 37. ¿Cuáles son los cuatro tipos de deberes, según Bentham?
 38. ¿Qué son las sanciones?
 39. ¿Qué es la acción antijurídica?
 40. ¿Qué es el delito para Hans Kelsen?
-



7. *Técnica jurídica*

Al finalizar este capítulo, el alumno:

- Comprenderá la técnica jurídica.
- Entenderá cuál es el campo de la jurisprudencia técnica.
- Distinguirá las diversas escuelas de la interpretación jurídica.
- Entenderá cuáles son los problemas de la integración jurídica.
- Comprenderá las operaciones lógicas para resolver los problemas de interpretación e integración jurídica.
- Identificará los distintos ámbitos de validez de las normas jurídicas.
- Analizará los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio.
- Comprenderá los problemas de retroactividad de las leyes.

Este capítulo, como lo indica su nombre, se enfoca al estudio de la técnica jurídica; sin embargo, es preciso aclarar, antes de iniciar su estudio, que su contenido versará sobre la técnica jurídica relacionada con la aplicación de las normas jurídicas, pues, en el estudio del derecho puede hablarse tanto de técnica jurisdiccional como de técnica legislativa o creación de normas.

Partiendo de esta aclaración, debe agregarse que en el estudio de la aplicación del derecho no sólo existen problemas estrictamente técnicos (problemas de técnica jurídica), sino también hay otros que serán objeto de nuestro análisis, como los derivados de la aplicación de leyes en el tiempo y en el espacio.

En resumen este último capítulo comprenderá tres grandes partes:

- Los problemas de la jurisprudencia técnica, que se traducen en problemas de interpretación, de integración de la ley y de las formas o medios para resolverlos.
- Los conflictos de las leyes en el tiempo y en el espacio
- Los problemas de contradicción de las leyes (o antinomias jurídicas).

Hay que resaltar que, en sentido estricto, estas tres partes se relacionan con la aplicación de la ley.

NOCIÓN DE TÉCNICA

Para facilitar la comprensión de este capítulo, debe explicarse el significado o concepto de *técnica*.

La *técnica* significa habilidad para hacer algo y también quiere decir oficio. Los griegos empleaban el término *tecné*, traducido como arte, para designar una habilidad para hacer algo. No obstante, no es una habilidad cualquiera, sino una habilidad sujeta a reglas.

En este sentido, la técnica en su noción general es: *un conjunto de reglas por medio de las cuales se consigue hacer algo*.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho, la técnica jurídica *consiste en el uso adecuado de un conjunto de medios, reglas o procedimientos que permiten alcanzar los fines que el derecho persigue*.¹

¹ El derecho tiene como finalidad hacer factible la convivencia humana y evitar la justicia privada. Pero estos fines se obtienen mediante la formulación y aplicación de las leyes o normas.

Ahora bien, de ello se pueden deducir dos tipos de técnicas jurídicas que son:

- a) Técnica de formulación de las normas, también conocida como *técnica legislativa*, la cual *consiste en un conjunto de medios, reglas o procedimientos para la elaboración o formulación de las leyes*.
- b) Técnica de aplicación de las normas, denominada *técnica de aplicación del derecho o de las normas*. *Ésta se refiere a los medios, reglas o procedimientos para aplicación del derecho objetivo (las leyes) a casos particulares*.

En este texto, como ya se ha mencionado, nos ocuparemos de la técnica jurídica relacionada con el proceso de aplicación del derecho. No tendría sentido la existencia de la ley y no cumpliría los fines para los cuales fue creada si ésta no es aplicada. La aplicación de la ley corresponde a los órganos jurisdiccionales, es decir, al Poder Judicial (consúltese el artículo 94 de la Constitución Mexicana).

La aplicación del derecho parece sencilla pero encierra muchos problemas, ya que tanto la persona que solicita la aplicación de la ley a un caso concreto como el juzgador que resuelve ese caso emplean reglas, procedimientos y lenguaje específicos en el análisis y solución de éste.

Algunos de los problemas surgidos de la aplicación del derecho son:

- Problemas de interpretación
- Problemas de integración
- Problemas de vigencia
- Problemas de retroactividad de las leyes
- Problemas de conflicto de leyes en el tiempo
- Problemas de conflicto de leyes en el espacio

La rama del derecho conocida como “jurisprudencia técnica” surge para tratar estos problemas, y ésta también será objeto de estudio en este capítulo.

Antes de introducirnos en el estudio de la jurisprudencia técnica es necesario distinguir entre lo que es la metodología jurídica y la técnica jurídica, ya que el desarrollo de la técnica jurídica le corresponde a la jurisprudencia técnica y, aunque existe vinculación con el problema metodológico del derecho, son aspectos diferentes.

DIFERENCIA ENTRE METODOLOGÍA JURÍDICA Y TÉCNICA JURÍDICA

Puede decirse que la metodología jurídica es el estudio o filosofía del método del derecho, por ello, su ámbito es muy general; en tanto que el ámbito de la técnica jurídica es más restringido, de hecho la técnica jurídica tiene un grado particular de especificidad. En una investigación, cabe recordar, las técnicas son particulares a tal punto que, de acuerdo con el objeto de estudio, se pueden llegar a desarrollar técnicas específicas para aplicarlas a un objeto particular en una investigación determinada.

También es necesario señalar que debe haber concordancia entre metodología, método, proceso, procedimiento y técnica, y aunque dentro de la metodología que se usa en una investigación quedan comprendidos todos, debe recordarse que son diferentes. De hecho su diferencia radica en el grado de especificidad que se busca. A partir del grado de especificidad surge la denominada “jurisprudencia técnica”, *cuyo objeto es resolver los problemas del derecho surgidos de la aplicación de la norma a la resolución de casos concretos.*

La jurisprudencia es la actividad desarrollada por los juristas en su quehacer del conocer y describir el derecho sin cuestionar su validez, es decir, los juristas conocen y describen un determinado derecho: el derecho que se encuentra o ha sido establecido por la sociedad a través de los órganos creadores del mismo. Por ello, a la jurisprudencia se la denomina como “ciencia del derecho”, “doctrina”, “dogmática jurídica”, etcétera. Los estudiosos del derecho conocen y describen el derecho que les ha sido dado. De lo anterior se sigue que la jurisprudencia:

Es el estudio de un determinado derecho histórico, es decir, la ciencia del derecho positivo.

De esto resulta la jurisprudencia técnica, la cual es una rama particular del derecho que sirve para analizar y estudiar los problemas surgidos en el estudio del derecho positivo y su aplicación.

DEFINICIÓN DE JURISPRUDENCIA TÉCNICA

La jurisprudencia técnica se entiende como *el estudio ordenado de los preceptos jurídicos vigentes en un lugar y tiempo determinados, así como el estudio de los problemas relacionados con su interpretación y aplicación.*

Ahora bien, la jurisprudencia técnica puede estudiar el derecho positivo o sus preceptos desde dos perspectivas:

- a) La teórica o sistemática, también conocida como *sistemática jurídica*, a la que le corresponde el estudio de las reglas jurídicas pertenecientes a un ordenamiento espacial y temporalmente válido, identificando sus ramas o disciplinas especiales, así como a las instituciones y figuras jurídicas que las integran.
- b) La técnica o práctica, esto es, la *técnica jurídica o doctrina de la aplicación del derecho* a la que le corresponde el estudio de la interpretación y la aplicación de las normas que integran el derecho.

PROBLEMAS QUE ESTUDIA LA JURISPRUDENCIA TÉCNICA

Los problemas que estudia la jurisprudencia técnica, como ya se había mencionado arriba, pertenecen tanto a la *sistemática jurídica* como a la *técnica jurídica*. Sin embargo, en este apartado sólo se hace referencia a los problemas que estudia la jurisprudencia técnica desde la perspectiva de la *técnica jurídica*.

Los problemas de la “jurisprudencia técnica”, como “técnica jurídica”, están relacionados con la *interpretación y la aplicación del derecho*.

Antes de ver cómo surgen estos problemas, sobre todo el de la interpretación del derecho, es necesario explicar qué es la interpretación.

Por lo general, los términos interpretación y hermenéutica se emplean como sinónimos. En efecto, el significado primario del vocablo griego *hermeneia* es “expresión de un pensamiento” o explicación. De la obra aristotélica se tradujo *Peri hermeneia* título contenido en el *organon* (lógica aristotélica), por los nombres, de *interpretatione* y de *hermenéutica*.²

El uso actual del término hermenéutica es el de designar *el arte o la ciencia de la interpretación*. De esta manera ha sido utilizado para referirse a la interpretación bíblica.

En la actualidad la hermenéutica ha tomado vida propia y se ha convertido en la filosofía de la interpretación, en ella han incursionado los filósofos Dilthey, Heidegger, Gadamer, Ricoeur, Scheleiermacher, por mencionar algunos de sus exponentes más conocidos.

² José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 1622.

Hermenéutica

En general, el problema hermenéutico o de interpretación es tan antiguo como el hombre. La hermenéutica, como ya se mencionó, es la filosofía de la interpretación mediante la cual se pretende construir un discurso acerca del conocimiento como interpretación de la realidad.

Aspectos históricos. Origen de la hermenéutica

La hermenéutica puede remontarse al origen de la humanidad, en su actitud mítica y religiosa. Estas actitudes constituyen las primeras formas de acercamiento o los primeros intentos por explicar la realidad o los fenómenos de los que era testigo el ser humano, esto es, eran los primeros intentos de hacer una sistematización del conocimiento.

Ante la indefensión del hombre frente a la naturaleza y el asombro que le provocan los fenómenos naturales, el mito se convierte en una forma de explicar, interpretar o dominar los fenómenos naturales mediante los conocimientos que en ese momento están contenidos en fórmulas, rituales o explicaciones totémicas o animistas.

El hombre, sobre todo en los primeros tiempos de su desarrollo y ante la inexperiencia de los fenómenos que se le presentan, acude a mitos o fantasías para explicar los sucesos desconocidos, así como a explicaciones fuera de su realidad o contexto; en este proceso pasa del mito a la elaboración de explicaciones religiosas y creación de teogonías, atribuyendo los hechos o fenómenos que le son desconocidos a la intervención de la divinidad.

Para transmitir estas explicaciones contenidas en los mitos era necesario que pasaran de una persona a otra, de generación en generación, hasta de un maestro a un aprendiz a quién heredarle o hacerle partícipe los secretos contenidos en los mitos a través de los ritos, fórmulas o ceremoniales, con la finalidad de revelarles los secretos de la realidad.

Después de esta etapa mítica, el hombre daría explicaciones religiosas y crearía teogonías, atribuyendo los hechos o fenómenos que le son desconocidos a la intervención de una divinidad. Así pues, en la actitud religiosa el hombre explica e interpreta la realidad mediante la intervención de una divinidad, ya sea atribuyéndole a ésta ciertas revelaciones o explicando los sucesos o fenómenos con un origen o mediante la intervención divina directa.

Ambas explicaciones se podían entender como interpretaciones de la realidad que, aunque falsas, tenían su propia lógica.

Pero, ¿dónde se encuentran los orígenes de la hermenéutica?

Los orígenes de la hermenéutica se pueden encontrar en la actitud mítica, en la actitud religiosa, en la actitud filosófica y en la interpretación bíblica. A continuación, veremos cada una:³

a) La actitud mítica.

Los orígenes de la hermenéutica, como filosofía de la interpretación, se encuentran cercanos o coinciden con los del hombre, quien prácticamente desde que es consciente del mundo y de sí mismo ha intentado buscar explicaciones a lo que le rodea.

Las primitivas explicaciones, como se ha dicho, constituyen el mito a través del cual el hombre explica una realidad que le es desconocida. La transmisión de las tradiciones míticas de una generación a otra en forma oral fue un requisito importante para la conservación, reproducción y trascendencia a las futuras generaciones.

De esta manera, se dieron las primeras comunidades epistémicas productoras, conservadoras y transmisoras del incipiente conocimiento de la realidad.

b) La actitud religiosa.

Después de la actitud mítica, que dejó de ser suficiente para dar explicaciones sobre la realidad, se dio la actitud religiosa. En ella, las explicaciones de los fenómenos de la realidad se interpretan mediante la intervención de la divinidad. De modo que se construyen interpretaciones a través de los libros sagrados donde se recogen y elaboran explicaciones acerca del hombre, su destino, su relación con el medio y con la propia divinidad. Asimismo, en los textos sagrados, se tocan temas relacionados con el origen del hombre y del mundo que le rodea y en todas las explicaciones, si bien algunos conocimientos ya tienen rasgos de científicidad y de explicación causal, predomina la interpretación religiosa, incluso algunas de las realidades más conocidas, como el Sol, la Tierra y las estrellas, se tienen como dioses.

c) La actitud filosófica.

Muy avanzado el desarrollo humano surge la filosofía, y para el mundo occidental ésta se origina con el pensamiento griego. A partir de los griegos se dan las primeras interpretaciones del mundo que no se basan en mitos o en explicaciones religiosas. Su búsqueda era dar una explicación coherente acerca del

³ Mauricio Ferraris, *Historia de la hermenéutica*, Siglo XXI, México, 2002.

origen del universo, algo muy discutido en las escuelas presocráticas. Posteriormente, destacó la figura del filósofo estagirita Aristóteles, quien hizo algunas alusiones a la hermenéutica.

Aristóteles apunta hacia una teoría de la expresión. La hermenéutica en él no pone en contacto a los dioses con los hombres, sino que es una función que media entre los pensamientos del alma y su expresión lingüística. Es ésta la acepción con la cual el término hermenéutica (traducido del español, por su papel contextual en Aristóteles, precisamente como “expresión”) aparece en *Peri psyches* (420b 15 – 20)[...] Por tanto, la naturaleza se sirve del aire que respiramos para dos funciones, como la lengua para el gusto y para el hablar, de los cuales el gusto es necesario (y por eso pertenece a un mayor número de animales) mientras la expresión de los propios pensamientos es para estar bien: así se sirve de la respiración como medio indispensable para regular el calor interno... y para producir la voz, que es donde se hace realidad el estar bien, esta función es reiterada en el *peri hermeneias* una parte del *organon*[...] Ahora bien, los sonidos de la voz son símbolos de las afecciones que tienen lugar en el alma, y las letras escritas son símbolos de la voz. Del mismo modo, en fin, que las letras no son las mismas para todos, así tampoco los sonidos son los mismos; con todo, los sonidos y las letras resultan ser signos, ante todo, de las afecciones del alma que son las mismas para todos y constituyen las imágenes de los objetos, idénticos para todos.⁴

La teoría de la interpretación bíblica

Con el desarrollo del cristianismo, la patrística y la filosofía escolástica, la hermenéutica dio un giro, pues pasó del problema interpretativo de la lectura de los clásicos, a la búsqueda de un sentido unívoco de la Sagrada Escritura. Por otra parte, el desarrollo del cristianismo planteó nuevos problemas hermenéuticos, como son la ruptura del Nuevo Testamento respecto de la tradición bíblica del judaísmo.

Sin entrar en el análisis del contenido de la hermenéutica bíblico-teológica, llama la atención su contribución al avance de la discusión hermenéutica.

Prácticamente al término de la Edad Media, la hermenéutica dio un nuevo vuelco en defensa de la libre comprensión de la Biblia introducida con la Reforma de Lutero, según la cual existen tantos significados como lectores o intérpretes existan,

⁴ Mauricio Ferraris, *op. cit.*, p. 14.

reforzándose nuevamente la interpretación unívoca que significaba la unidad del dogma y de la autoridad eclesiástica.

Interpretación e historia

En el campo de la historia se han producido importantes contribuciones a la hermenéutica. He aquí un ejemplo de ellas.

El significado común de historia se refiere *a lo que acontece*. Según Ranke, refiriéndose a la historia,

Tenemos ante nosotros una serie de acontecimientos que se siguen y se condicionan unos a otros. Cuando digo que se condicionan, esto no hace referencia desde luego a una necesidad absoluta [...] la historiografía rastrea las escenas de la libertad; esto es lo que la hace apasionante. Pero con la libertad se asocia la fuerza, una fuerza original; sin ella la libertad se acaba tanto en los acontecimientos mundiales como en el terreno de las ideas.⁵

Con lo anterior se expresa que tanto la libertad como la fuerza del ser humano constituyen los elementos determinantes en el devenir de los hechos, y que son las categorías las que permiten analizar los hechos.

Esta unión de los acontecimientos le permite a Ranke afirmar que los hechos futuros están determinados por los hechos que sucedieron, existiendo una unidad de la historia del mundo. De modo que

[...] comprender es participar inmediatamente en la vida, sin la mediación del pensamiento a través del concepto. Lo que le interesa al historiador no es referir la realidad a conceptos sino llegar en todas partes al punto en que la vida piensa y el pensamiento vive.⁶

El historiador no está interesado en subsumir la realidad en un sistema conceptual, es decir, la historia no es la búsqueda o atribución de conceptos preexistentes a los fenómenos, sino interpretar o explicar la vida misma. Por lo que la realidad histórica, nos dice Droysen,⁷ no es el resultado de un plan preconcebido de los sujetos que intervienen.

⁵ H. Ranke, citado por Hans George Gadamer, *Verdad y método*, tomo I, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1993, p. 261.

⁶ *Ibidem*, pp. 268-269.

⁷ *Ibidem*, pp. 270-274.

Lo anterior permite afirmar que el objeto de la historia no es la sucesión de las ideas, esto es, no es lo que los hombres pensaron; por lo tanto, la interpretación psicológica de los individuos no proporciona al historiador elementos que le permitan comprender el acontecer histórico, ya que los hechos no sucedieron exclusivamente por la fuerza de su voluntad.

Según Droysen, el historiador no investiga a los hombres en su individualidad, sino como parte integrante de una comunidad, donde podría considerarse como objeto de estudio al poder moral, por determinar no sólo el curso de la historia, sino además la propia concepción del historiador, quien no puede abstraerse de los valores morales de su época. Esto origina que afirme: el principio que rige al historiador es la investigación permanente, pues el análisis de los hechos pasados nunca será el mismo, y siempre arrojará nuevos datos, a diferencia de la investigación de los fenómenos naturales.⁸

Con respecto al conocimiento de los hechos, el historiador se encuentra formando parte del objeto que se investiga y, por lo tanto, del conocimiento de sí mismo. En este punto la historia sólo puede comprenderse en la medida en que el hombre se comprende a sí mismo, lo cual no puede ser algo permanente ni inmutable, por el contrario, lo comprendido siempre requiere de actualización, es decir, de una revisión.

La hermenéutica también adquirió relevancia en otras ramas del saber, como la estética y la lingüística, pero no se hará alusión a éstas, aunque cabe recalcar la importancia que ésta tiene, ya que en ambos casos aparece de manera necesaria “la interpretación” como una forma de acercarse a las imágenes y los símbolos.

La hermenéutica en el derecho

Finalmente, puede decirse que existen aportaciones a la hermenéutica no menos importantes que la tradición hermenéutica jurídica, en la cual se expresa un carácter eminentemente práctico en su conexión con la jurisprudencia.

En efecto, la ley y su aplicación producen una serie de problemas a los que se enfrenta el jurista en su quehacer práctico.

La pretensión de la hermenéutica jurídica es la de auxiliar en la práctica jurídica y busca subsanar, como lo estudiaremos más adelante, las deficiencias manifiestas en la dogmática jurídica, esto es, en lo establecido en el derecho positivo. El jurista

⁸ Cfr. Hans George Gadamer, *op. cit.*, tomo I, pp. 270-276.

práctico toma el texto de la ley y su sentido en función de un determinado caso concreto; en cambio el historiador jurídico, que podemos considerar un jurista teórico, no tiene un caso concreto al cual aplicar su tarea hermenéutica, sino que trata de determinar el sentido de la ley en función de la construcción de la totalidad de su ámbito de aplicación.

Según lo anterior la actividad interpretativa consiste en actualizar la ley a los supuestos conductuales de la persona, es decir, concretar a la ley a cada caso o a su aplicación a casos concretos, aunque su verdadera aplicación se concreta en la actividad del juez y éste a su vez, se encuentra obligado, al igual que cualquier miembro de la comunidad a lo dispuesto por la ley; de tal manera que en la propia ley se contempla que la decisión judicial no sea producto de arbitrariedades, sino que obedezca a una valoración justa y legal de todo el conjunto. Esto brinda seguridad jurídica a quienes acuden a los órganos jurisdiccionales. De lo dicho puede suponerse con bastante claridad que quienes participan en la actividad legal, ejerciendo la abogacía, trabajando en los órganos jurisdiccionales o acudiendo a dichos órganos como parte ofendida o como parte agraviada saben con cierta seguridad a qué atenerse y pueden predecir o anticipar la actividad y la decisión del juez, en virtud de que conocen o son aconsejados sobre las leyes vigentes. Esto es factible por el reconocimiento del derecho o de la ley como una disposición válida y en consecuencia obligatoria para todos sin excepciones. Lo anterior significa que la aplicación de la ley a cualquier caso, independientemente de los sujetos que intervengan e independientemente del papel en que lo hagan, permite elaborar la resolución adecuada, deducida dogmáticamente.⁹

Mauricio Ferraris, en referencia al carácter práctico de la interpretación en su nexos con la jurisprudencia, dice que:

[...] si nos confiamos al principio general según el cual la hermenéutica desempeña el papel de la retórica en los momentos de “modernidad”, esto es, cuando se aviva el conocimiento de una distancia temporal que separa del texto a los intérpretes, entonces, la primera vez que se relaciona el problema hermenéutico con el derecho coincide con la publicación de *Corpus iuris* (diciembre 533) por parte del emperador Justiniano. Los textos de la tradición jurídica romana son copiados y registrados en épocas sucesivas; pero ya al interior del *Corpus iuris* la distancia temporal que separaba a la romanidad

⁹ *Ibidem*, p. 400.

tardía de sus fuentes clásicas, imponía la explicitación de reglas hermenéuticas (así por ejemplo lib. I, par. III, “Sobre las leyes, las deliberaciones del senado y el derecho consuetudinario”; lib. L, par. XVI, “Sobre el significado de las palabras”; lib. L, par. XVII, “Sobre las diferentes reglas del derecho de los antiguos”). Estas indicaciones hermenéuticas serían glosadas ulteriormente, al brindar lineamientos fundamentales de la hermenéutica jurídica “doctrinal”, con puntos muy centrales del problema hermenéutico en el llamado renacimiento del siglo XII[...] ¹⁰

A principios del siglo XIX, con el auge de la legislación, el problema de la hermenéutica vinculado con la jurisprudencia también cobraría relevancia. La creación de los códigos y su aplicación presentaron una serie de problemas que iban desde entender lo establecido en la ley hasta determinar sus alcances y el papel que le corresponde al órgano jurisdiccional en la aplicación de la ley en los casos que se le plantean.

Es, pues, dentro del ámbito del derecho positivo donde se desarrollan las modernas escuelas de interpretación jurídica, derivadas de la necesidad de establecer y formular reglas claras para la interpretación del derecho, entendiendo éste como ley positiva.

Estas reglas ejemplifican los cánones enunciados por Emilio Betti, las cuales son:

- **Canon de la autonomía hermenéutica.** Denominada por otros autores “la plenitud hermenéutica del derecho”, a la cual se hará referencia más tarde en este texto. Esta plenitud hermenéutica significa que en la interpretación del derecho no debe introducirse nada que no se encuentre en éste, pues el derecho se basta a sí mismo y es capaz de resolver los casos planteados. Es fácil advertir que el sentido que tiene aquí el término “derecho” es el de ley positiva y en este sentido significa que los casos planteados deben resolverse dentro del propio texto de la ley.
- **Canon de la totalidad y la coherencia.** Existe una unidad entre el todo y cada una de sus partes, que permiten determinar el sentido del todo, así como entender el elemento por el todo.
- **Canon de la actualidad del entender.** La interpretación del derecho siempre es un hecho actual por el cual el intérprete reproduce en su interior el proceso de formación del objeto interpretado.

¹⁰ Mauricio Ferraris, *op. cit.*, p. 39.

- **Canon de la adecuación del entender.** La interpretación debe procurar la adecuación de la representación con el objeto interpretado.

A partir de las explicaciones anteriores sobre la hermenéutica se puede tener una idea de su origen y de las diversas aplicaciones que ha tenido tanto en distintos ámbitos como en distintas ciencias.

Problemas de la aplicación del derecho

La aplicación del derecho —entendido éste en su sentido positivo, esto es, como la aplicación de la ley— trae consigo una serie de problemas vinculados, entre otras cosas, con la interpretación de la ley.

El derecho, dada su función social, sólo adquiere pleno sentido cuando es aplicado, pues sólo de esa forma cumple esta función para la que fue creado, es decir, con su razón de ser. Aplicar el derecho significa utilizarlo para solucionar los problemas concretos de la convivencia social.

Sólo mediante la aplicación de las leyes el derecho cumple la función social para la cual fue creado: fundamentalmente evitar la justicia privada. Sin embargo, la tarea de aplicar el derecho es compleja y no tan sencilla como pudiera parecer.

Los problemas que trae consigo la aplicación del derecho se originan y se concretan primordialmente en:

- Imprecisiones de las normas jurídicas, que al ser producto de la actividad humana presentan insuficiencia, pues resulta verdaderamente complejo comprender todas las conductas humanas en el texto legal, aun cuando ésta pudiera ser la pretensión del legislador.
- Imprecisiones lingüísticas en los textos legales, cuestión que produce un gran número de problemas.
- Problemas de interpretación a los que se expone la ley, no sólo por lo señalado en los dos puntos anteriores, sino por el hecho de que prácticamente, cada individuo, de manera subjetiva, pretende entender lo que a su interés se adecua. (Esto hace surgir varias escuelas de interpretación jurídica como se verá en las siguientes páginas.)
- Problemas relacionados con la retroactividad de la ley.
- Problemas vinculados con la aplicación de las leyes en el espacio.
- Problemas de aplicación de las leyes en el tiempo.
- Problemas de contradicción de leyes o antinomias jurídicas.

Por esto y por la pretensión de solucionar los diversos problemas que emergen de la aplicación de la ley a casos concretos surgen las diversas escuelas de interpretación cuya pretensión es sistematizar la tarea hermenéutica.

Diversas escuelas de interpretación

La aplicación del derecho, se ha reiterado, plantea varios problemas y uno de los más complejos es el de la interpretación.

La interpretación, como vimos en el apartado anterior, no es tan sencilla como parece *prima facie*, pues de ella se desprenden diversas escuelas o concepciones de qué es la interpretación en general.

En el ámbito jurídico, y sobre todo en el quehacer práctico del jurista, el derecho no es la excepción, quizá el problema es más complejo, dado que la adopción de una propuesta interpretativa se enfrenta a muchos obstáculos, siendo el principal la vinculación obligatoria de quién aplica el derecho.

Ahora bien, en el campo del desarrollo teórico del derecho surgen diversas propuestas interpretativas que, si bien carecen de obligatoriedad, producen criterios o reglas interpretativas que algunas veces llegan a incorporarse en las leyes positivas.

La interpretación, en su significado más amplio, significa explicar, es decir, esclarecer el sentido de algo; de modo que el intérprete se convierte en un intermediario o mediador, pues es quien explica, esclarece o da sentido a signos, acontecimientos o palabras.

La interpretación en sus orígenes estuvo restringida a personas especiales, incluso dándoles un sentido mágico, pues los intérpretes eran sacerdotes o magos que interpretaban el designio de los dioses, del oráculo, etcétera.

La interpretación en el ámbito jurídico es:

- La tarea de asignar un significado a ciertos signos, hechos, acontecimientos o comportamientos que jurídicamente requieren ser interpretados por la relevancia que les dan las leyes.
- La actividad de descubrir y asignar a las leyes un significado. La ley es entendida en constituciones, normas específicas, testamentos, contratos y todo aquello que la propia norma considere con el carácter de ley.

La interpretación jurídica, dependiendo de quién la realice, puede ser oficial (o pública) y privada:¹¹

a) **Interpretación oficial o pública**

La realiza un órgano del poder público, y ésta puede ser de dos tipos:

1. *Interpretación auténtica o legislativa*: realizada por el propio legislador con la finalidad de esclarecer o explicar el sentido de las leyes que él mismo ha aprobado.
2. *Interpretación usual o judicial* es la que realiza el juez. *Interpretación jurisprudencial* es cuando un órgano jurisdiccional facultado para establecer jurisprudencia la lleva a cabo, como sucede en nuestro sistema jurídico.

b) **Interpretación privada**

Cuando es llevada a cabo por los particulares con fines de esclarecer el significado o alcance de una disposición, y no se requiere ser experto en derecho. Un ejemplo de ello es cuando un arrendador estudia la ley e interpreta las obligaciones que la misma le impone con la finalidad de saber cuál es el alcance de las obligaciones que pretende cumplir. Esta interpretación puede ser **doctrinal** cuando es realizada por los tratadistas del derecho con la finalidad de precisar el alcance y significado de una disposición normativa, la cual aunque carece de fuerza aplicativa es empleada e invocada sólo para apoyar la argumentación en un caso.

La interpretación ha ocupado un lugar privilegiado e indispensable en la aplicación del derecho, de hecho, se remonta al derecho romano. En efecto, en Roma la interpretación era exclusiva de los pontífices, a quienes les correspondía la tarea de interpretar el derecho.¹² El colegio sacerdotal, a través de un representante, daba consultas al público basándose en fórmulas monopolizadas por los sacerdotes y registradas en los *libri pontificales*. No fue sino hasta iniciado el siglo III que esta actividad dejó de estar monopolizada por los pontífices.

De esta manera, la denominada *interpretatio prudentium* se convirtió en fuente del derecho y fue un método que permitió convertir el derecho consuetudinario en derecho escrito.

¹¹ Cfr. Raúl Ortiz Urquidí, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 1982, pp. 140-145.

¹² Debemos recordar que el derecho primitivo está en estrecha vinculación con la religión. En la Roma arcaica los sacerdotes disponían de las fórmulas rígidas para la celebración de los contratos y ritos procesales.

Empero, la interpretación no sólo se limitó a la aplicación de las XII tablas sino que también se aplicó cuando aparecieron las *leges* y los edictos pretorianos.

Los intérpretes del derecho establecieron poco a poco una serie de reglas y formularon principios jurídicos, por ello les denominaron los *iura condiderunt* (los que establecen el derecho). Aunque los romanos no llegaron a elaborar una teoría de la interpretación, desarrollaron y legaron a la posteridad una serie de reglas de la interpretación contenidas en el digesto.

Al finalizar el imperio romano, la interpretación del derecho se convirtió en una facultad del emperador, así es que, como decía el emperador Justiniano, en tanto legislador exclusivo, tiene derecho exclusivo de interpretar el derecho.

También son importantes, en la tarea interpretativa, los glosadores que, al estudiar el derecho, concibieron su función de explicar el sentido del texto legal, es decir, el *Corpus iuris civilis*. El apelativo de glosadores, a quienes se hará referencia posteriormente, les viene de la costumbre de hacer anotaciones de tipo aclaratorio entre las líneas o al margen del texto denominadas *glosae* (glosas).

Pasada la Edad Media y el Renacimiento, a partir de inicios del siglo XVIII, se presenta una verdadera efervescencia de la legislación y surgen, sobre todo a principios de 1800, las codificaciones casi tal cual se conocen hoy en día, las cuales conforman el sistema político y jurídico en que vivimos. Ejemplo de ello es el código de Napoleón, al que siguieron otros códigos en prácticamente todo el mundo. La mayoría de éstos parten de la base del conocimiento de la naturaleza humana y su pretensión era regular la conducta humana con fundamentos racionalistas.

Lo anterior trae como consecuencia un culto desmedido por la ley, característica con que se identificará la llamada “escuela de la exégesis”. Esto también produce, en afán de resolverlo todo a través de la ley escrita, la necesidad de interpretarla. Y eso da origen a diversas escuelas de interpretación que se verán a continuación.

Escuela de la exégesis

La “escuela de la exégesis”, surgida en 1804, es una de las principales escuelas de interpretación y, aunque tiene muchos críticos, son muchas sus aportaciones al derecho.

La escuela exegetica, como también se le denomina, surge como reacción a la incertidumbre existente en la resolución de conflictos, que dejados al capricho del juzgador resultaba más prudente dejar que estuvieran sujetos a la seguridad de la propia legislación, pues el apego a ella daba mayor certidumbre a las decisiones.

De hecho, la “escuela de la exégesis” expresaba una fe ciega y profunda en la legislación. Al respecto Bonnetcase señalaba: “Jamás escuela alguna hizo profesión de fe más rígida, más completa y más dogmática que la escuela de la exégesis.”¹³

Para la exposición de esta escuela se seguirá el esquema de la obra *Elementos para una teoría general del derecho* de Rolando Tamayo y Salmerón. Así, se abordarán cuatro puntos de esta escuela: características, interpretación de la ley, importancia y crítica.

a) Características de la escuela de la exégesis

La exégesis es una reacción contra la incertidumbre que existía en la resolución de los conflictos, pues la resolución se emitía al arbitrio del juzgador, lo cual originaba inequidad en las resoluciones cuando resultaba mejor que se pronunciasen con apego estricto a lo establecido por la ley.

Para el jurista francés Julien Bonnetcase la escuela de la exégesis presenta las características siguientes:

- **Culto al texto de la ley:** Para esta escuela salirse del texto de la ley es hacer el derecho, pero el derecho ya está hecho. Si el juzgador se saliera del texto de la ley haría el derecho y con esto invadiría las facultades del poder legislativo. Según Lurent, al hacer el derecho, los tratadistas, los magistrados o los jueces usurpan el poder que la nación soberana ha otorgado al cuerpo legislativo.

Precisamente la fidelidad al texto de la ley es lo que da certidumbre y seguridad jurídicas, porque cualquier situación ya se encuentra prevista en los ordenamientos y, en caso contrario, la propia ley proporciona los elementos para su solución.

- **Predominio de la intención o voluntad del legislador:** El intérprete de la ley no puede ir más allá de la ley y, en caso necesario, cuando la ley no sea clara, su sentido debe buscarse en la voluntad del legislador en lo que quiso decir; de lo contrario, implicaría sobrepasar los límites asignados de quien interpreta o aplica la ley. Las funciones del jurisconsulto son únicamente encontrar, descubrir y determinar la voluntad del legislador. Ciertamente que en este afán se puede preguntar: ¿Qué o cómo hacer para descubrir la voluntad del legislador? Sin embargo, la escuela de la exégesis no da respuestas uniformes y consistentes a esta pregunta.

¹³ Julien Bonnetcase, *La escuela de la exégesis*, Cajica, Puebla, 1944, p. 29.

- **Omnisapientia del legislador:** Esta característica, propuesta por algunos autores, es una derivación de las características anteriores, apuntadas por Julien Bonnecasse, pues el apego estricto a la ley y ante la insuficiencia de la misma de descubrir la voluntad del legislador, le hace suponer a la escuela de la exégesis la existencia de un legislador infalible al que no escapa nada.

b) La interpretación de la ley

Para la escuela de la exégesis, la interpretación es una tarea deductiva, de tal manera que a través de la interpretación “*se pretende precisar la voluntad del legislador, mediante el examen minucioso del texto legislativo*”.

Ahora bien, para lograr lo anterior se sugieren los siguientes métodos:

- **El método exegetico puro:** La interpretación se debe basar en el código y en el orden organizativo del mismo. El órgano jurisdiccional contiene un orden preestablecido por la propia estructura de la legislación para solucionar los casos; de tal manera que el poder judicial no necesita ir más allá de reseñar analíticamente los artículos del código.
- **El método sistemático:** Supone que quienes redactaron los códigos han resuelto los problemas antes de quienes investigan o aplican el derecho. De esta manera, los investigadores o jueces quedan obligados a ubicarse dentro del contexto de las reglas dictadas, pues todo el conjunto de circunstancias histórico-sociales o de cualquier otra índole ya han sido consideradas por el legislador al redactar las leyes; por lo tanto, basta con aplicar la ley y si hay duda o insuficiencia debe buscarse en la voluntad del legislador, lo que quiso decir.

c) Importancia

Dadas las circunstancias históricas en que surge la escuela de la exégesis, ésta pretendía asegurar la uniformidad de resoluciones de los jueces y la única manera de lograrlo era constreñirlos exactamente al texto de la ley, lo que traería como consecuencia la aplicación objetiva de la ley y esto evidentemente produce certeza jurídica. La importancia de la escuela de la exégesis radica precisamente en la certeza jurídica y la estabilidad del derecho que produce, pues gracias a esta escuela se logra la construcción doctrinal, sobre todo del derecho civil, la rama del derecho que originó el derecho privado de la actualidad.

d) Crítica

Los señalamientos críticos a la escuela de la exégesis están enfocados en la reducción del derecho a la sola escritura del texto legal, su culto excesivo e idolatría a la ley, así como su pretensión de descubrir la voluntad del legislador y, agregaríamos, su rigidez ante la evolución y cambio de la realidad. El legislador necesitaba ser adivino para asegurar que la ley se acoplara a las circunstancias históricas futuras que ni conoce ni puede anticipar.

En conclusión, la escuela de la exégesis tenía como finalidad no permitir otra forma de interpretación que la ley misma y en caso que ésta fuese insuficiente había que tratar de descubrir la voluntad del legislador mediante el examen minucioso de la propia ley. Luego, entonces, sólo se puede emplear para lograrlo:

1. La interpretación o análisis gramatical: La interpretación es gramatical cuando su sentido literal no da lugar a dudas respecto de la institución, figura jurídica o de los hechos a los que refiere y para lograrlo deben analizarse puntualmente los términos lingüísticos.

Existen dos casos relevantes en este tipo de interpretación:

- En expresiones equívocas debe atenderse al sentido técnico.
- Atendiendo a la finalidad jurídica, tratándose de leyes o de contratos, debe estar en sentido contrario a las intenciones del contratante que lo formuló.

2. La interpretación lógica: Si los términos empleados por el legislador no permiten precisar el sentido de la norma por su sentido literal o porque su formulación es imprecisa, debe recurrirse a la llamada interpretación lógica. Con ésta se pretende descubrir el espíritu del legislador, recurriendo a todos los medios posibles, sean medios directos o indirectos, para determinar la intención del legislador.

Entre los medios directos para determinar la voluntad del legislador se pueden mencionar:

- Los trabajos preparatorios de la ley, entre los que destacan las motivaciones, los argumentos y las discusiones que pueden dar elementos para deducir la expresión de la voluntad del legislador.

- La tradición histórica, donde las costumbres permiten sustituir la ley en su origen y deducir de éstas el pensamiento que las originó para desarrollar las consecuencias, de conformidad con los precedentes.

Entre los medios indirectos podemos considerar los que, si bien no corresponden directamente a la voluntad del legislador, necesariamente debieron considerarse por el legislador. Entre los medios indirectos se encuentran:

- a) **Equidad.** Determinar las razones de equidad y justicia que consideró el legislador al aprobar la ley.
- b) **Principios generales de derecho.** Presupuestos de la ley, como expresión de la justicia y de la naturaleza humana, que considerando un legislador racional debió tomarlos en cuenta.
- c) **Lógica.** Por medio de la lógica se pretende vivificar el derecho, realizando una doble operación. En primer lugar, a partir de la ley o de las normas extraídas de ella se induce un principio superior. En segundo lugar, se deducen las consecuencias del principio superior anterior.

A la escuela de la exégesis se le ha criticado su idolatría por el texto de la ley y su pretensión de descubrir la voluntad del legislador.

Escuela histórica alemana

La escuela histórica surgió en Alemania y sus principales exponentes fueron Karl von Savigny (1779-1861) y G. F. Puchta (1798-1846). De la obra de Savigny titulada *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho* (1814) se expone fielmente su pensamiento.

Para Savigny, el derecho no puede ser una creación arbitraria del legislador, sino que es producto de las fuerzas internas que operan silenciosamente: la fe popular y la costumbre social, las cuales, en el curso de la historia, son reforzadas por la jurisprudencia científica y la actividad de los profesionales del derecho.

El derecho, al igual que el lenguaje, está determinado por el espíritu del pueblo. En cualquier nación las costumbres populares y la práctica continua terminan convirtiéndose en normas jurídicas donde se plasma el espíritu de rectitud y justicia del pueblo. Así como el idioma es una creación progresiva, igualmente el derecho no es producto de una voluntad arbitraria, sino que surge, progresa y se desarrolla del mismo modo que el pueblo.

En cierta manera, la escuela histórica alemana repudia la legislación o por lo menos la idolatría por ella y subraya la importancia del espíritu del pueblo. Los juristas de esta escuela piensan que tanto las instituciones jurídicas como su origen no pueden ser creaciones puramente racionales, sino que, por el contrario, su carácter es estrictamente nacional.

Es importante señalar, siguiendo a Edgar Bodenheimer, que Savigny era un noble conservador y que detestaba el racionalismo igualitario de la Revolución Francesa. Además, era un nacionalista alemán, adversario del cosmopolitismo implícito en la doctrina de la Revolución Francesa. Opositor al código de Napoleón, luchó a toda costa porque no se promulgaran códigos iguales en Alemania; lo cual explica su postura.

Uno de los rasgos fundamentales de esta escuela es una concepción del mundo organicista e idealista, por lo que se acogen a un concepto de derecho que refleja con exactitud estos dos rasgos.

a) Concepto de derecho

El derecho, según la postura de Karl von Savigny, se crea en forma espontánea e imperceptible del mismo modo que lo hace el lenguaje. Éste es el resultado del espíritu del pueblo y no de una razón abstracta o de un legislador inteligente y racional. El derecho se produce en la vida social y, como tal, se encuentra en permanente evolución. Asimismo, constituye un sistema jurídico, es decir, el conjunto de relaciones de los integrantes de un pueblo, ordenadas jerárquicamente con base en principios e instituciones, por lo que el derecho de una época es la continuación y desarrollo de los derechos en épocas anteriores.

Esto es reflejo de una concepción organicista-idealista de los pueblos. Precisamente, es en el espíritu del pueblo donde se localiza el derecho, así como otras manifestaciones culturales. A esta clase de derecho Savigny la denomina “derecho popular”.

Refiriéndose a la creación de este derecho popular Savigny dice:

Es en el “oscuro taller” del espíritu del pueblo; donde se origina el derecho popular como algo ya existente, como algo cuyo origen se pierde en el tiempo.

La creación del derecho popular por el espíritu del pueblo —sostiene Savigny— sólo es libre formalmente, en el sentido de que el derecho no surge de una voluntad particular, ajena al pueblo, como el mandato de un señor a sus esclavos. Mas desde el punto de

vista material el contenido del derecho es necesario en cuanto no depende de la época que lo establece.¹⁴

b) Características del derecho

La única garantía contra el racionalismo que rechaza esta escuela es la inclusión del espíritu histórico en el análisis de las instituciones.

Las características del derecho para la escuela histórica pueden sintetizarse de la manera siguiente:

- El carácter ideal del derecho popular.
- Tiene una raíz histórica cuyo objetivo es buscar en el pasado y descubrir su principio orgánico sin cometer el error de dejarlo al arbitrio del legislador o reducir el derecho a la ley.
- Las normas jurídicas son formulaciones que se obtienen de las relaciones jurídicas existentes en la sociedad, aun antes de que éstas se formulen en enunciados lingüísticos.
- Creación de las costumbres y creencias populares, la jurisprudencia sólo recoge ese espíritu del pueblo.

Estas características pueden reflejarse en la siguiente cita:

Savigny dice que el derecho natural es el producto de la ilusión que se repite en hombres singulares, así como en épocas enteras, consistente en considerar como atributo de la humanidad lo que es propio de nosotros. Savigny dice también (y repite una y otra vez su afirmación) que el derecho popular es derecho positivo. Sin embargo, al afirmar que el derecho popular es derecho positivo, Savigny no quiere decir que el derecho popular sea un derecho puesto por el hombre. Parece que, según Savigny, el derecho popular es un derecho positivo precisamente por todo lo contrario, o sea porque no es puesto por el hombre, porque no es inventado por el hombre para responder a necesidades concretas, porque se trata de un derecho ya dado al hombre, un derecho que el hombre se encuentra, un derecho que regula cualquier relación jurídica antes de que el hombre arbitre reglas que regulen dichas relaciones; de tal modo, que la creación o invención de las reglas por el hombre resulta innecesaria e inútil.¹⁵

¹⁴ Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía de derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1989,

¹⁵ *Ibidem*, p. 75.

c) Interpretación de la ley

El concepto de interpretación en la escuela histórica se puede determinar a partir de su concepción del derecho, es decir, si el derecho es un fenómeno social que se encuentra en constante desarrollo, constituye un sistema y tiene además un carácter histórico porque atiende a las particularidades de cada pueblo, entonces —según el pensamiento de Savigny—, para interpretar y conocer el derecho, es indispensable conocer un conjunto de principios que se manifiestan en virtud de un hábito prolongado y fundado en bases sólidas que permitan argumentar jurídicamente.

Apoyando su pensamiento, refiriéndose a la jurisprudencia romana, Savigny señala:

La idea y los teoremas del derecho no aparecen en los jurisconsultos romanos como creación arbitraria, antes bien son verdaderos seres reales cuya existencia y genealogía se les ha manifestado en virtud de un hábito familiar muy prolongado. Así nació en ellos una seguridad en todo procedimiento, procedimiento que se parece al de las matemáticas; puede decirse, sin temor a exagerar, que calculan con sus ideas.

Cuando los jurisconsultos romanos tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba conducirse. Para los jurisconsultos romanos no hay una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica va siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental, se ve a un mismo tiempo un caso de aplicación, así, como en todo caso práctico, se descubre la regla que lo informa.¹⁶

De esta manera, la legislación es provisional de modo que:

Lo que se interpreta en la ley no es la voluntad del órgano que la decretó, sino el pensamiento del espíritu del pueblo, atendiendo a las peculiaridades de cada pueblo, y a las instituciones jurídicas del derecho consuetudinario.

¹⁶ F. K. von Savigny, citado por R. Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 1996, p. 369.

Según Savigny, cuando el derecho realmente se encuentra en progreso no requiere codificación, sino que se codifica cuando se encuentra en decadencia.

No obstante, la legislación es necesaria, pero debe ser entendida solamente como una directriz o indicación que refleja las tendencias momentáneas del derecho consuetudinario.

Para interpretar, entonces se debe seguir el siguiente procedimiento:¹⁷

1. Analizar el pensamiento contenido en la ley, considerando que ésta es sólo una directriz que expresa el espíritu del pueblo, es decir, se debe tomar en cuenta que hace referencia a las relaciones sociales.
2. Investigar el contenido de la ley, tratando de alcanzar las relaciones sociales que en ella quedan comprendidas.
3. Reconstruir el contenido de la ley, buscando su comprensión integral.
4. Producir artificialmente el pensamiento del legislador, es decir, partir del espíritu del pueblo que fue considerado por el legislador.

La interpretación se reduce a la denominada interpretación doctrinal o privada; su rechazo a la legislación no le permite aceptar ningún otro tipo de interpretación.

Ahora bien, esta interpretación doctrinal, Savigny la redujo a los análisis lógico, gramatical e histórico.

Jurisprudencia dogmática

Esta escuela tiene en Rudolf von Jhering (1818-1892) a su más destacado representante. Este jurista vivió el auge de la codificación y la fiebre del positivismo que, como sabemos, favoreció el desarrollo de las ciencias empíricas e influyó tanto en las ciencias sociales como en las humanidades; de esta influencia no quedaría al margen la jurisprudencia; por lo que se piensa que su estudio se debe transformar en una auténtica actividad científica, en estricto sentido.

Por tal motivo, el estudio del derecho positivo se convierte en un sistema unitario y con coherencia y el medio que permite esta conversión es la lógica jurídica.¹⁸

¹⁷ Cfr. F. K. von Savigny, *Metodología jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

¹⁸ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, pp. 370-373.

a) Características de la jurisprudencia dogmática

Esta escuela de interpretación parte de la base dogmática del positivismo, considera que el objetivo de la ciencia jurídica es el estudio de lo que el derecho positivo le suministra y formula una entidad sistemática, mediante los procedimientos lógicos de análisis de las normas.

La tarea de la jurisprudencia dogmática consiste en construir un sistema coherente y unitario a partir de cualquier derecho positivo. Esto significa que el sistema jurídico construido por la jurisprudencia se convierte en un conjunto de normas, reglas y principios que puede aplicarse para regular cualquier caso que se presente en la vida social; es decir, en la jurisprudencia dogmática no puede haber lagunas. Las incongruencias y casos no contemplados por la ley deben ser resueltos mediante derivaciones lógicas de los principios generales del sistema. A esto Betti lo denomina el “canon de la autonomía hermenéutica”.

Hernández Gil lo expresa así,

El sistema jurídico se construye primero inductivamente partiendo del derecho positivo, en cierta forma de la legislación. Se busca lo general hasta llegar a dogmas generales en los cuales todas las disposiciones unitarias orgánicamente convergen. Todas las consecuencias lógicas de tales principios o dogmas son también reglas que van a completar el sistema.¹⁹

Los dogmas establecidos por la ciencia jurídica dogmática presentan, por tanto, un carácter vinculatorio.

b) Interpretación

Para la escuela de la jurisprudencia dogmática la actividad interpretativa es el perfeccionamiento del sistema jurídico, y a través de la interpretación puede construirse el derecho. Mediante la actividad interpretativa se resuelven las lagunas, las contradicciones y los sin sentido, se clarifican ambigüedades, se descubre la voluntad del legislador, se encuentran tanto los fundamentos como los principios, se descubren las consecuencias y sus alcances, en pocas palabras, se complementa la construcción del derecho.

¹⁹ Citado por Rolando Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 124.

A la interpretación le corresponde la construcción o conclusión sistemática del derecho.

Es evidente que la construcción del derecho o construcción jurídica no puede ser algo arbitrario, sino que debe seguir ciertas reglas para ser considerada correcta, Jhering propone las siguientes reglas para llevar a cabo esta tarea:

1. La regla de cobertura de la materia positiva, la construcción del derecho es libre en cuanto a la forma, los métodos y las técnicas. Sin embargo, en cuanto a la materia o contenido, la construcción debe constreñirse al derecho positivo, es decir, los resultados de las construcciones no deben contradecir, bajo ninguna circunstancia, las proposiciones jurídicas formuladas por el legislador, esto es, por la ley positiva.
2. La regla de no contradicción o de unidad sistemática, es una regla lógica de coherencia, es decir, si las normas sobre las cuales se realiza la tarea constructiva son coherentes, el resultado de la tarea de construir la ciencia jurídica también debe tener coherencia, de lo contrario carecería de validez lógica.
3. La regla de la belleza jurídica, donde una construcción sólo es bella cuando es clara, transparente y natural. Esta regla, a diferencia de las anteriores, es de carácter accidental, es decir, puede no cumplirse o violarse sin afectar la corrección de la construcción realizada. Empero “[...] una construcción que peque contra las dos primeras reglas —dice Jhering— es absolutamente incorrecta, no es una construcción en absoluto. En cambio, una construcción torpe, forzada, en tanto no se disponga de otra mejor para sustituirla, es justificada, necesaria”.²⁰

El resultado de este procedimiento es un sistema jurídico que sólo puede ser conocido por los juristas mediante la educación y el conocimiento de los métodos jurídicos de la argumentación. Este sistema proporciona una regla abstracta para que el juez o jurista solucione todos los casos que la vida social le presente. Éste es el procedimiento de interpretación del derecho positivo. Todas las incertidumbres, incongruencias y lagunas de la ley, serán resueltas, deduciendo, de los principios (dogmas) del sistema, normas aplicables al caso concreto.

²⁰ Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía de derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 103-104.

Finalmente, la lógica propia del sistema no sólo sirve para conocer y sistematizar el derecho, sino que es fuente de nuevas reglas jurídicas (o, como cree el jurista dogmático, reglas existentes, pero hasta entonces desconocidas) encontradas mediante la interpretación.

c) Consecuencias y efectos

Esta escuela, junto con la escuela histórica, influyó en forma decisiva en la producción de los más grandes adelantos de la ciencia jurídica alemana. Bajo su influjo, se desarrolló el derecho privado, cuyo producto más acabado es el código civil alemán.

d) Crítica

Algunas de las críticas más agudas a la jurisprudencia dogmática son:

- El excesivo formalismo que, tomando como base el positivismo jurídico, pasa por alto el tema de la axiología jurídica.
- No aporta la suficiente garantía de certeza de las deducciones ni de las construcciones realizadas por la ciencia jurídica.
- Ya sea por su formalismo o por dedicarse en forma exclusiva a la sistematización y al análisis lógico olvida los procesos sociales que son sumamente importantes para el entendimiento del derecho.²¹

Jurisprudencia de conceptos

La jurisprudencia de conceptos se encuentra estrechamente ligada a la escuela de la jurisprudencia dogmática, de hecho existen tratadistas que clasifican a la escuela anterior como jurisprudencia de conceptos.

El desarrollo de la jurisprudencia de conceptos, para las pretensiones de este texto, tomará como base la postura de Windscheid, recalcando que la jurisprudencia de conceptos está muy ligada al pensamiento de Jhering.

En efecto, Windscheid, en una de sus publicaciones, aprueba en conjunto la descripción hecha por Jhering acerca del método de construcción jurídica descrito en el apartado anterior.

²¹ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, pp. 372-373.

Windscheid prosigue la construcción, a partir del derecho positivo, de un método riguroso para la realización de la máxima garantía jurídica.

a) Características

Windscheid vislumbra al derecho como medio para la realización del orden moral del mundo. Dice la respecto:

Ciertamente se “acabó el sueño del derecho natural”, pero, no obstante, el derecho positivo es algo “más que paja, algo más que un soplo que el viento disipa”. Por tanto, para el autor alemán, la ley no es simplemente el veredicto terminante del legislador, no es sólo un “factum”, sino “la sabiduría de siglos que nos han precedido”; lo que en la ley se declara derecho, lo había antes “reconocido como derecho” la comunidad jurídica. Por ello, tampoco califica a la voluntad de última fuente de todo derecho positivo —inmediatamente sólo del derecho consuetudinario, pero mediatamente también de la legislación—, sino a “la razón de los pueblos”.²²

b) Interpretación de la ley

La interpretación de la ley se encuentra subsumida dentro del problema general de la interpretación del derecho. La interpretación es aquel procedimiento analítico que permite superar la incertidumbre y adscribir a los términos de la legislación un significado apropiado, es decir, constatar aquel sentido que “el legislador otorgó a las palabras por él usadas”.

Para hacer esta tarea el intérprete debe:²³

1. Colocarse en la situación del legislador y llevar a cabo sus ideas. Esto quiere decir que al momento de hacer la interpretación el intérprete debe, idealmente colocarse y posesionarse de los hechos que el legislador tuvo frente a sí, al hacer la ley.
2. Tomar en cuenta la situación jurídica existente en el momento en que el legislador la promulgó, así como el fin que éste perseguía.

²² Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 48.

²³ *Ibidem*, p. 50.

3. Atender al valor del resultado por cuanto se puede y, en efecto, suponer que el legislador ha querido decir algo significativo y adecuado antes que algo vacuo e inconveniente.
4. Poner de manifiesto las verdaderas ideas que el legislador ha querido expresar.

La interpretación, no sólo ha de corregir la expresión incorrecta de la ley, de acuerdo con el sentido que el legislador tuvo en cuenta realmente, sino también “imaginarse” las ideas que el legislador no pensó plenamente; es decir, la interpretación no debe quedarse satisfecha con la voluntad empírica del legislador, sino que debe conocer su voluntad racional. También esto es “interpretación” —asegura Windscheid frente a pareceres discrepantes— por cuanto sólo la voluntad “auténtica” del legislador, de ese modo averiguada, ha encontrado realmente su expresión en las palabras de la ley.²⁴

Jurisprudencia de intereses

Los autores más representativos de la jurisprudencia de intereses fueron Philip Heck (1858-1943), Max Rümelin (1861-1931), Heinrich Stoll (1891-1937) y Rudolf Müller-Erzbach (1874-1959). A esta escuela de jurisprudencia también se le llama “escuela de Tubinga”, dado que Heck, Rümelin y Stoll eran profesores de la Universidad de Tubinga.

Philip Heck, el representante más importante de esta escuela, sostiene la teoría genética de los intereses, según la cual los intereses son los factores causales o causantes de las normas jurídicas.

Para el desarrollo de la jurisprudencia de intereses se seguirá la obra de Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, pero sólo se tomarán aquellas partes referentes a la interpretación del derecho con respecto a la jurisprudencia de intereses.

En la obra de Heck se menciona expresamente lo que él entendía por intereses; los vincula en forma particular al aspecto práctico del derecho, que es donde más claramente se perciben.

Heck subraya expresamente que el método de la jurisprudencia de intereses es defendido por él sólo para la “ciencia práctica del derecho”. Pero esa ciencia explora “los

²⁴ *Loc. cit.*

caminos hacia una meta final única, hacia la influencia en la vida”; fuera de esto no sirve a “una segunda meta, separada, por ejemplo puramente teórica”. Su única misión es la de “facilitar al juez su oficio, preparando, por medio de la investigación de la ley y de las relaciones de la vida, la resolución adecuada a la cosa”. La meta final de la jurisprudencia de los tribunales y de la resolución judicial del caso es “la satisfacción de las necesidades de la vida, de las apetencias y tendencias apetitivas, tanto materiales, como ideales, existentes en la comunidad jurídica”. Estas “apetencias y tendencias apetitivas” —explica Heck— las denominamos intereses; y la peculiaridad de la jurisprudencia de intereses consiste en “intentar no perder de vista esta meta final, incluso en cada operación particular, en cada formación de concepto”.²⁵

El derecho no es otra cosa que la protección de los intereses.

Esto quiere decir: los preceptos legales —que en lo esencial constituyen el derecho— no sólo están dirigidos “a delimitar intereses, sino que ellos mismos son productos de intereses como todos los demás preceptos activos”. Las leyes son “las resultantes de los intereses de orientación material, nacional, religiosa y ética” que se contraponen unos a otros y luchan por su reconocimiento. En esta noción —asegura Heck— se ubica “el núcleo de la jurisprudencia de intereses”. Con ello fundamenta también el postulado metódico fundamental, que es “conocer, con exactitud histórica, los intereses reales que han ocasionado la ley, y tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso”.²⁶

a) Interpretación de la ley

Conforme avanza su exposición, Heck postula que la interpretación ha de retroceder, por encima de las ideas del legislador, a los intereses causales de la ley. Asimismo, la interpretación de la ley es primordialmente una “explicación de las causas”. Ahora bien, si los intereses con que el legislador se ha encontrado, sea cual sea su clase, son las auténticas “causas” del precepto legal (y no sólo el motivo para que el legislador los regule de ésta o aquella manera), *entonces estas causas tienen justamente que descubrirse, para, por ellas, comprender acertadamente los preceptos en cuanto “efectos” suyos*.²⁷

²⁵ *Ibidem*, p. 71.

²⁶ *Ibidem*, p. 72.

²⁷ *Ibidem*, p. 73.

b) Crítica a la jurisprudencia de intereses

A esta escuela le han señalado los siguientes puntos críticos en su argumentación:²⁸

1. Carece de aplicación ordinaria.
2. Da poca importancia a la teoría del derecho.
3. El interés no puede erigirse en el único criterio metódico, el derecho no es simplemente el resultado o la superestructura de los intereses o el reflejo de los intereses.
4. Existe una gran cantidad de actividades humanas que no son jurídicamente consideradas con base en conflictos de interés.

Escuela científica francesa

La escuela científica surgió en Francia como una reacción al “subjetivismo” de la escuela de la exégesis, criticando los métodos tradicionales para interpretar la voluntad del legislador, con lo que se crea una nueva escuela de interpretación.

Su principal representante fue Francois Geny, quien expuso su postura en su obra *Métodos de interpretación y fuentes del derecho civil*, editada en 1899.

Para entender esta escuela es importante señalar que Geny se pronunció en contra de la identificación de la ley escrita con el derecho positivo de la que partieron varias de las escuelas de interpretación reseñadas antes; pero en particular fue una reacción a lo planteado en la escuela de la exégesis.

a) Análisis del derecho

La escuela científica francesa consideraba que el derecho es un medio para resolver los conflictos; de tal manera que las reglas jurídicas son construcciones capaces de influir en la vida. El derecho positivo es la formulación de soluciones jurídicas para los problemas derivados de los intereses humanos; el fin del derecho es precisamente la solución de estos conflictos.

²⁸ Rolando Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 377.

b) Método jurídico

Francois Geny planteó que el derecho es un fenómeno social, por lo cual los aspectos generales presentes en una sociedad también deben estarlo en el derecho, como son los aspectos sociales, económicos, políticos, religiosos, éticos, etcétera.

En concordancia con esta concepción del derecho, Geny propuso, como análisis para el estudio del derecho, el método empleado en las ciencias sociales, dado que el derecho es una ciencia social, y este método permite analizar la flexibilidad de los fenómenos sociales.

El derecho, al igual que las demás ciencias sociales, es producto de la actividad humana, cuya actuación no sigue normas rígidas, sino flexibles.

c) La libre investigación científica

La libre investigación científica del derecho, que defendía Geny, se basa estrictamente en principios objetivos, como sucede en cualquier investigación científica, de manera tal que la investigación resulte neutral y objetiva, para estar sustentada exclusivamente en los hechos. Con respecto a objetividad, Geny decía que “las relaciones de la vida social o, más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica (a lo menos posible), llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren, por decirlo así, ellas mismas, las normas que deben regirlas”.²⁹

d) Interpretación de la ley

Según Geny las fuentes formales del derecho son incapaces de cubrir todo el campo de acción judicial. De esta manera siempre se deja al juez una esfera más o menos amplia de libre discreción, dentro de la cual, para resolver los casos que se le presentan, puede ejercer una actividad mental creadora, es decir, hacer la tarea interpretativa. Esta actividad mental o interpretativa, explicaba Geny, no debe ejercerse según los sentimientos personales, incontrolados y arbitrarios del juez. La libre decisión judicial —sostenía— debe basarse en la investigación científica libre (*libre recherche scientifique*). El juez debía tratar de dar la máxima satisfacción posible a los deseos de los litigantes, las partes, a los intereses en conflicto, en tanto fuera compatible con los fines generales de la sociedad.

²⁹ Francois Geny, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1925, p. 535.

El método debía ser:

Reconocer los intereses presentes, evaluar su fuerza respectiva, pasarlos, como si dijéramos, en la balanza de la justicia, con objeto de asegurar la preponderancia de los más importantes, medidos con arreglo a un criterio social y, finalmente, establecer entre ellos ese equilibrio tan eminentemente deseable.³⁰

Como se sabe, la interpretación no es tarea fácil y parecería, en principio, que el juez tiene una gran amplitud de acción para aplicar la ley a los casos que se le presenten. Sin embargo, no es así, pues es necesario que éste no rebase el texto de la ley, aunque debe considerarse lo fácil que es introducir ideas que no se encuentran contenidas en el texto de la ley.

La tarea de interpretar la ley es “buscar el contenido de la fórmula legislativa, a través de la fórmula que la expresa”.

La escuela científica tiene distintas clases de interpretación, las cuales son:

1. **Interpretación lógico gramatical:** Consiste, como su nombre lo indica, en analizar los conceptos lógicos y formular las deducciones racionales expresadas en fórmulas gramaticales.
2. **Interpretación de la letra y espíritu de la ley:** Entre estas dos actividades, como sucede en otras escuelas, no existe diferencia; antes bien son lo mismo. Al entender e interpretar la letra de la ley se pone de manifiesto la voluntad y el espíritu del legislador, quien que al redactar la ley lo puso de manifiesto.
3. **Interpretación extensiva:** Cuando se presentan hechos que participan de la misma naturaleza jurídica de los que plasmó el legislador, se pueden resolver mediante la interpretación extensiva aplicando los mismos preceptos.
4. **Interpretación restrictiva:** *A contrario sensu*, en aquellos asuntos en que los casos sean de naturaleza jurídica diferente a los que el legislador incluyó en el texto de la ley, mediante la interpretación restrictiva quedan excluidos estos hechos.

Finalmente, respecto a la escuela de la interpretación científica puede decirse que:

- El objeto es encontrar la voluntad del legislador a través de la ley escrita, buscando la decisión que el legislador impuso en forma primigenia.

³⁰ Citado por Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho*, FCE, México, 1988, pp. 207-208.

- Su finalidad es valorar los principios sociales que el legislador protegió.
- Permite el uso de los métodos de las ciencias sociales para interpretar adecuadamente el derecho, lo que se facilita mediante el uso de la investigación histórica del derecho y no sólo de la dogmática jurídica.
- Algunos juristas opinan que tiene la ventaja de permitir el respeto a la ley sin quedar esclavizados, lo cual favorece una adaptación permanente y objetivamente sustentada en la realidad cambiante.³¹

Escuela del derecho libre

Entre los principales exponentes de la escuela del derecho libre, surgida a inicios del siglo xx en Europa, se encuentran Eugen Ehrlich (1861-1922), Hermann U. Kantorowicz (1877-1940), Ernest Fuchs (1859-1929) y S. Schlossmann (1844-1909). La intención de esta escuela era la aceptación de un derecho de contenido variable tal como sucede en la realidad. Esta escuela aparece cuando las legislaciones positivas inundaban prácticamente todo el mundo.

a) Concepto de derecho

Los representantes de esta escuela afirmaban que el derecho está constituido por entidades que no son ni legales ni consuetudinarias y que incluso están fuera de las fuentes tradicionales del derecho, algunas de las cuales ni siquiera son entidades jurídicas. Es decir, que más allá del derecho positivo, derecho legal o de las normas establecidas por el Estado que además son insuficientes para resolver los casos jurídicos reales, existe el derecho libre que se encuentra constituido por las convicciones éticas y las opiniones predominantes en el lugar y en la época en que el juez resuelva las lagunas de la ley. El juez mediante el derecho libre debe examinar y ponderar los intereses en conflicto y emitir su veredicto de conformidad con el sentimiento de justicia dominante en la comunidad.

Rafael Hernández Marín lo expone así:

[...] la idea, en palabras de Fuchs, de que el derecho legal y el derecho consuetudinario no son todo el derecho; la idea de que junto al derecho legal y al derecho consuetudinario existe otro derecho, bautizado como *derecho libre*, y que es definido (negativamente) por Kantorowicz como todo derecho no legal y no consuetudinario, o, simplemente, como derecho no estatal o no formal.

³¹ Cfr. Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1987, p. 266.

El derecho libre comprende, en primer lugar, esas normas o cuasiproposiciones jurídicas, recién mencionadas, que se desprenden de aquellas entidades... y, en segundo lugar otras entidades proposicionales jurídicas que tampoco son legales ni consuetudinarias, y entre ellas se hayan, según Kantorowicz, las normas jurídicas que integran el derecho correcto de Stammler y las normas de cultura de M. E. Mayer. Tampoco estas últimas entidades proposiciones jurídicas pueden ser concebidas de otro modo como cuasiproposiciones jurídicas.³²

Por lo que se ve los postulados y principios del derecho libre son flexibles y están sujetos a la modificación, cambian con la sociedad que les da vida.

b) Interpretación

Kantorowicz y Fuchs

[...] defendieron una libertad de decisión de largo alcance. Postulaban que el juez debía llenar las lagunas inevitables en el derecho mediante una actividad creadora libre, de conformidad con las demandas de la época y las convicciones sociales del pueblo, y otorgando una especial consideración a las circunstancias del caso.³³

Esto supone, pues, una libertad prácticamente absoluta para la tarea interpretativa y supone que su único límite es atender a las circunstancias cambiantes de la época y a la variabilidad de las condiciones y convicciones sociales.

Según el trabajo de Hernández Marín respecto al derecho libre, la metodología interpretativa reutilizada por ésta se convierte en algo superficial y en simples rasgos o sencillas directivas dirigidas a los jueces.

Las lagunas del derecho estatal pueden resolverse acudiendo al derecho libre y, si el precepto legal —dice Fuchs— contradice las necesidades del tráfico o no se acomoda a la justicia y la equidad que se exigen en el caso concreto (o sea, si el precepto legal contradice o no se acomoda a lo que exige el derecho libre), entonces el juez no debe aplicar la ley.

Las ideas de Kantorowicz respecto a la interpretación son las siguientes:

- Si el juez cree que la ley no es clara o que el poder político existente en el momento de la decisión habría resuelto el caso de modo diferente a como se desprende

³² Rafael Hernández Marín, *op. cit.*, p. 228.

³³ Edgar Bodenheimer, *op. cit.*, p. 208.

de la ley, entonces el juez debe decidir el caso como lo habría hecho, en su opinión, el poder político si hubiera pensado en dicho caso.

- Si el juez no es capaz de formarse ninguna opinión, entonces debe decidir según el Derecho libre.³⁴

Hernández Marín, a quien se ha venido citando, comenta sobre las ideas de Kantorowicz que:

Existe similitud entre la primera parte de este texto de Kantorowicz y el párrafo segundo del código civil suizo, promulgado en 1907, o sea, un año después del escrito de Kantorowicz. Esta disposición legal establece que en caso de defecto de la ley y de derecho consuetudinario el juez debe decidir conforme a la regla que él establecería si fuera legislador.

Por otra parte, queda claro que en esta obra (*La lucha por la ciencia del derecho*) Kantorowicz admite la posibilidad de decisiones *contra lege*, basadas bien en lo que el juez cree que el poder político habría decidido, bien en el Derecho libre.³⁵

c) Crítica

En efecto, esta escuela, en su intento de adaptar el derecho a la realidad histórica cambiante y en su afán de aplicar la justicia de acuerdo a las demandas de la época y las convicciones sociales, produce inestabilidad jurídica, pero además genera que el juez sobrepase su actividad y competencia al invadir las facultades del poder legislativo, sin olvidar que las respuestas a las solicitudes de justicia por parte de los ciudadanos quedarían al criterio variable de los jueces.

De acuerdo con los principios de la escuela del derecho libre parece que el juez se encuentra por encima de la ley pues éste o no está obligado a aplicar la ley o puede determinar en qué momento la ley no se aplica al caso concreto. El único elemento que el juez debe considerar para ello es su criterio de justicia.

Escuela del realismo

Si bien no existe una posición clara por parte de los estudiosos en el tema para catalogar a los juristas que pertenecen a la escuela del realismo jurídico; muchas veces se catalogan

³⁴ Citado por Rafael Hernández Marín, *op. cit.*, p. 233.

³⁵ *Ibidem*, p. 234.

dentro de este rubro a los juristas que consideran el derecho como un compuesto de entidades jurídicas factuales o entidades jurídicas lingüísticas, las cuales están inmersas en el mundo espacio-temporal y, en consecuencia, en el mundo de la causalidad.

La escuela del realismo jurídico se desarrolló en la primera mitad del siglo xx (más específicamente entre 1925–1940), aunque todavía existen seguidores de esta escuela en la actualidad y en todas las latitudes. Sin embargo, las dos grandes vertientes del realismo jurídico se ubican en los países escandinavos y en Estados Unidos.

Escuela escandinava

Los representantes de la escuela del realismo jurídico escandinavo fueron Karl Olivecrona (1897-1980), Alf Ross (1899-1979), A. Hägerström (1868-1939) y A. V. Lundstedt (1882-1955).

Algunos de los problemas centrales del realismo escandinavo, particularmente en el que desarrolló Alf Ross, fueron el concepto de derecho y el problema de su validez.³⁶

El concepto de derecho manejado por Ross aludía a las reglas del ajedrez; pero Ross, en su obra, manifestaba que el derecho es el fenómeno social y no la norma.

Después de hacer un análisis de los distintos tipos de enunciados, Ross concluiría que existen enunciados prescriptivos cuyos contenidos son significativos, así como los enunciados asertivos y las normas jurídicas son proposiciones directivas.

La ciencia o dogmática jurídica interpreta las normas o proposiciones jurídicas. Ross, después de comentar lo que sucede con las reglas del ajedrez y los jugadores de la partida a ellas sujetos, dice:

Observando el derecho tal como funciona en la sociedad, nos encontramos con que un gran número de acciones humanas son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación por medio de normas jurídicas que configuran un esquema de interpretación.

A compra una casa a B. Resulta que la casa está llena de termitas. A pide a B una reducción de precio, pero B, no acepta. A inicia una acción contra B y el juez, con arreglo al derecho de los contratos, ordena a B que pague una suma de dinero dentro de un plazo determinado. B no lo hace. A obtiene que el oficial de justicia incaute de bienes muebles de B, que son luego vendidos en subasta pública.³⁷

³⁶ Véase el capítulo anterior, apartado “Realismo jurídico”, pp. 155.

³⁷ *Ibidem*, p. 17.

En el ejemplo, como se observa, todas las acciones humanas se dan en el ámbito exclusivo de cada individuo, pero gracias al concepto de “derecho vigente” se interpretan dichas acciones como fenómenos jurídicos a la luz de las reglas aceptadas entre el comprador y el vendedor, como sucede entre jugadores de ajedrez.

Por otra parte, refiriéndose a las normas de competencia, Ross expresa que las normas de competencia, son normas directivas para los tribunales, es decir, auténticas normas de conducta con obligatoriedad para los órganos jurisdiccionales, entonces no se pueden interpretar, sino como auténticas directivas.

Al respecto, Ross dice:

La sentencia es la base de la ejecución. Por ello, cualquiera que sea la forma que puede asumir la ejecución de un juez, constituye potencialmente el ejercicio de la fuerza física contra quien no quiere acatar la sentencia.

Un “juez” es una persona calificada de acuerdo con las reglas que gobiernan la organización de los tribunales y la designación o elección de los jueces. De esta manera, las reglas del derecho privado (dirigidas a los jueces) están integradas por las reglas del derecho público. El derecho en su totalidad no sólo determina —en las reglas de conducta— las condiciones en que deberá ordenarse el ejercicio de la fuerza; determina también las autoridades públicas, los tribunales, establecidos para ordenar el ejercicio de la fuerza.³⁸

La tarea de los jueces o de los tribunales de ordenar un ejercicio a la fuerza no es sencilla, pues enfrenta varios problemas, uno de los cuales es la interpretación.

- Interpretación

En el capítulo IV de la obra *Sobre el derecho y la justicia*, de Alf Ross, se expresa que “los enunciados interpretativos, podemos decir en forma provisional, están dirigidos a determinar el significado de la directiva, indicando más específicamente bajo qué circunstancias ha de ser aplicada, y en tal caso cómo ha de conducirse el juez”.³⁹

³⁸ Alf Ross, *op. cit.*, p. 33.

³⁹ *Ibidem*, p. 105.

Los problemas que observaba Ross con respecto a la interpretación son sintácticos, lógicos y semánticos:

1. **Problemas sintácticos:** se refieren a la construcción gramatical correcta de las expresiones, una construcción sintáctica incorrecta presenta problemas en la estructura de la frase, de manera que cuando la expresión es normativa, nos pone de frente ante problemas sintácticos de interpretación.
2. **Problemas lógicos:** Estos problemas se reducen, en la teoría de Ross, a las relaciones entre las expresiones lingüísticas de carácter normativo, es decir, a las directivas, que como sabemos forman un sistema y se encuentran interconectadas entre sí, ya en relaciones de coordinación, de subordinación o de supraordinación. Podemos destacar, siguiendo al propio Ross, los siguientes problemas:
 - a) **Inconsistencia:** Se da cuando entre dos normas se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, una de las normas establece unos efectos y la otra puede establecer efectos contradictorios con la anterior. Estos problemas pueden presentarse de tres maneras, entre las que destacan:
 - **Inconsistencia total-total:** Se presenta cuando al aplicar alguna de las normas entra en conflicto necesariamente con la otra, por lo que ninguna de las normas puede aplicarse.
 - **Inconsistencia total-parcial:** Cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera, es decir, son parcialmente contradictorias y no lo son precisamente en el campo adicional de aplicación que tiene una de ellas.
 - **Inconsistencia parcial-parcial:** Cuando ambas normas tienen un campo de aplicación que entran mutuamente en conflicto; pero también ambas tienen un campo adicional de aplicación en el cual no hay conflicto. Los problemas de inconsistencia, a que se refiere Ross, se enfocan a los problemas de aplicación de leyes en el espacio, los cuales se estudiarán más adelante.
 - b) **Redundancia:** los problemas de redundancia podemos decir son de colisión positiva entre dos normas; pues ambas se refieren a regular las mismas condiciones de hecho, por lo cual una de ellas es redundante. Para resolver los

problemas de redundancia no existe mecanismo adecuado; pues el derecho supone arbitrariamente que las redundancias no existen.

- c) **Presuposiciones:** Los problemas de presuposiciones se presentan en el caso de que una norma haga presuponer incorrectamente ciertas circunstancias o hechos. Estos problemas no tienen solución posible en términos lingüísticos, por lo que para resolverlos se debe acudir a otros mecanismos interpretativos o a solucionarlos discrecionalmente. Las presuposiciones pueden ser:
- **Falsas presuposiciones fácticas:** estas presuposiciones podemos calificarlas como errores de hecho como en los casos siguientes: cuando una ley califica a una sustancia inocua de veneno, o prohíbe la pesca en un área que ahora es desértica, o reglamenta la navegación en un río que ya no es navegable, o dispone que la administración debe consultar a un organismo que ya no existe. Estos casos mencionados por Ross pudieran parecer sorprendentes, pero en la ley es frecuente, sobre todo el último.
 - **Falsas presuposiciones jurídicas:** las presuposiciones jurídicas se conocen también como errores de derecho y en ellas pueden incurrir tanto personas como los propios ordenamientos o directivas. Estos casos se presentan, por ejemplo cuando una directiva presupone erróneamente sobre el contenido de otras disposiciones de derecho vigente. Por ejemplo, una cierta zona se encuentra bajo una autoridad municipal diferente de la que en realidad le corresponde y una ley presupone falsamente que no es así.
3. **Problemas semánticos:** son problemas de significado ya de términos ya de frases, por supuesto que nos referimos a términos jurídicos y a disposiciones normativas las cuales, para ser interpretadas, deben ser analizadas en su contexto, es decir, en consideración al problema analizado, la figura o institución jurídica que se ve afectada, los intereses de las partes en conflicto, etcétera.

En la escuela del realismo escandinavo, cuyo mayor representante fue Alf Ross, los problemas de interpretación no tienen un proceso fijo ni reglas mecánicas para solucionarse, y esto implica que el juez toma decisiones no motivadas por el mero respeto a la letra de la ley, sino que éste parte de principios o axiomas de “relativo peso que gravitan en la interpretación al lado de otras consideraciones, en particular una valoración sobre la mejor manera de hacer que la ley esté de acuerdo con

el sentido común, con la conciencia jurídica popular o con los objetivos sociales supuestos”.⁴⁰

Escuela anglosajona

El realismo jurídico estadounidense o anglosajón tiene, entre sus principales exponentes, a Karl N. Llewellyn (1893-1962) y a J. Frank (1889-1957), sobre quienes no hay duda de su pertenencia a esta escuela. Sin embargo, algunos analistas también llegan a incluir a Roscoe Pound, Felix S. Cohen, y a Hart.

La escuela anglosajona del realismo no ha destacado tanto como la escandinava, por lo que sólo se harán breves comentarios sobre su postura respecto al derecho.

En efecto, “la concepción del derecho de Karl N. Llewellyn —dice Rafael Hernández Marín— es difícil de determinar, pues no está claro cuáles son las entidades jurídicas admitidas por él. A primera vista parece que Llewellyn no admite más entidades jurídicas que las que denomina, evocando a O. W. Colmes, ‘reglas (jurídicas) reales’”.⁴¹

Considera que las reglas que siguen y aplican los jueces, sus pronunciamientos o sentencias y las leyes en las cuales sustentan sus decisiones son meras reglas de papel. “Las reglas (jurídicas) reales son entidades proposicionales asertivas o descriptivas, referentes a futuras regularidades de comportamiento de los jueces y otras instancias resolutorias de conflictos sociales, y son, por tanto, predicciones o profecías”.⁴²

Por su parte, Jerome Frank llegó a expresar que el derecho no está compuesto por reglas. Aunque no está claro qué entiende Frank por reglas. Unas veces son reglas de papel (reglas legales o reglas formuladas por los jueces como fundamento de sus decisiones); otras veces son las reglas reales de Llewellyn (predicciones generalizadas acerca del comportamiento futuro de los jueces); otras tantas lo que J. Austin llamaba “reglas del derecho judicial” (cuasiproposiciones establecidas indirectamente por los jueces con ocasión de la decisión judicial).

Frank contempla las decisiones judiciales como sometidas, no a relaciones lógicas, sino a relaciones de causalidad; las contempla como los hechos. Y, como ya sabemos, consideradas como hechos, las sentencias o las leyes en general sólo pueden ser entidades lingüísticas externas”.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 129-130.

⁴¹ Llewellyn, citado por Rafael Hernández Marín, *op. cit.*, p. 266.

⁴² *Idem*.

Frank, aun admitiendo que en las decisiones judiciales influyen factores de carácter social o general, concretamente económicos, subraya con especial insistencia que las decisiones judiciales son el producto de factores individuales psíquicos, que forman parte de la persona o personalidad de los jueces.⁴³

- **Interpretación**

Con base en las coincidencias sobre la concepción del derecho de los representantes del realismo, pero sobre todo a los pertenecientes a la escuela anglosajona, es posible establecer que la interpretación supone que:

- a) El derecho, estando inmerso en factores individuales de carácter social, considera las relaciones humanas, sociales, psíquicas y especialmente económicas cuando es interpretado.
- b) Los actos jurídicos se convierten en actos con características comunes.
- c) Se indaga en los motivos para realización de ciertos actos por sus efectos psicológicos.

Escuela de la argumentación jurídica

Dentro de las escuelas metodológicas actuales se encuentra la escuela de la argumentación jurídica de Kriele. La obra de Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, servirá de base para analizar esta escuela jurídica.

- a) **Concepto de derecho**

Esta escuela parte del análisis de la concepción de “derecho racional”, el cual se entiende

[...] no en el sentido de un sistema jurídico–natural o jurídico–racional de las normas jurídicas o principios intemporalmente válidos, lo que significaría “salirse de la discusión histórica”. Más bien, opina Kriele, todas las decisiones jurídicas, tanto las del legislador como las del juez precisan justificación (interna) mediante fundamentos racionales [...]

⁴³ *Ibidem*, pp. 273-274.

Al principio y al final del proceso de pensar están, por tanto, cuestiones de justificación y la relación con el derecho positivo está incluida en el problema de la justificación total.⁴⁴

b) Problema de la interpretación

Para Kriele, “las leyes raras veces son claras y su ámbito de aplicación está tan limitado que ‘existen más lagunas que disposiciones legales’. Doquiera que la ley no ofrezca una respuesta clara y, al propio tiempo, convincente —cuando, por tanto, aparece necesitada de interpretación— se tiene que recurrir a ‘consideraciones jurídico-rationales’”.⁴⁵

Los textos jurídicos —siguiendo la postura de Kriele— sólo puede interpretarse con rectitud si supone la intención de racionalidad e imparcialidad (con razón o sin razón); sólo de esa manera puede descubrirse su sentido y manifiesta en qué medida está indicada una interpretación extensiva, restrictiva o modificativa.⁴⁶

“La obtención del Derecho, según Kriele, no es ‘interpretación en el sentido de explicación del sentido y analogía, sino consideración jurídico-rationales de hipótesis normativas, quedando con ellas solucionados todos los problemas en la medida en que el legislador ordinario y el constituyente los hayan resuelto.”⁴⁷

El proceso para llegar a una solución de los casos jurídicos, de acuerdo con la escuela de la argumentación jurídica, es el siguiente:

- a) Establecimiento de una “hipótesis normativa” apta para contestar la cuestión jurídica suscitada.
- b) Comparación de la hipótesis normativa con las normas jurídico-positivas.
- c) En caso de que no se identifique con estas normas plenamente, se plantea si está verdaderamente incluida en el derecho positivo.
- d) Se cuestiona, a su vez, por la “capacidad justificante de la hipótesis normativa”; es decir, antes que nada se tiene que preguntar hacia dónde conduciría esa hipótesis si fuera reconocida o no como una norma jurídica.⁴⁸

⁴⁴ Karl Larenz, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁵ *Loc. cit.*

⁴⁶ *Cfr. Loc. cit.*

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 158.

La escuela de la argumentación jurídica o de la argumentación jurídico-racional permite *fundamentar de otro modo las decisiones judiciales cuando éstas no pueden obtenerse sólo de la ley*. Esta situación es más frecuente de lo que imaginamos, pues existen más lagunas que disposiciones legales con respecto a ello.

La interpretación entonces es una actividad necesaria e indispensable, sin embargo la interpretación, de conformidad con esta escuela, no puede ser arbitraria sino racional, debidamente justificada y orientada a resolver los problemas concretos. Para hacer dicha interpretación son inminentes consideraciones jurídico-racionales, tomando en cuenta las consecuencias esperables de existir la normativa, la relevancia de los intereses en conflicto, así como la rectitud de la predicción de los intereses relevantes que están en juego.⁴⁹

Escuela del lenguaje o analítica

La escuela del lenguaje o escuela analítica se origina en la postura jurídica de Bentham, la cual se basa en John Austin sobre la jurisprudencia analítica y tiene también raíces en Kelsen, Glanville Williams y H. L. A. Hart; estos dos últimos son señalados como sus máximos representantes.

En esta escuela se discuten con amplitud los problemas vinculados con la ciencia del derecho, compartiendo una visión positivista de la ciencia, con lo que concluye que el objeto de la ciencia del derecho es el lenguaje. Así, pues, el rigor idiomático es lo que caracteriza a la ciencia, y su tarea de formalizar el lenguaje jurídico es una de los objetivos principales de la ciencia jurídica.

La obra de Arthur Kaufmann, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, es uno de los textos principales de esta corriente o escuela.

Según señala Hart, el lenguaje adquiere tal relevancia que incluso hay ciertos conceptos jurídicos que son tomados como cosas ficticias, aunque en el proceso de su argumentación duda acerca de esta conclusión, como lo señala Legaz y Lacambra:

No hay ninguna “cosa” que “sea” derecho, deber, persona jurídica, etc. La función de estas palabras no es designar o describir algo, sino mostrar en qué circunstancias son verdaderas aserciones como “A tiene derecho” o “en tales o cuales condiciones el derecho atribuye responsabilidad a las personas jurídicas”, pues de lo que se trata es del uso que se hace de una palabra en un determinado contexto legal.

⁴⁹ *Idem.*

Preguntarse por el “ser” de la persona jurídica es tan absurdo como preguntarse por el ser de la brisca, cuando lo importante es poder decidir con certeza cuándo uno “ha hecho brisca”. Pero esta negación de la pregunta por el ser lleva a Hart también a negar la legitimidad de la teoría de la ficción, pues ella consiste en afirmar que la persona jurídica “es” una “cosa ficticia”.⁵⁰

En palabras de Saarbrücken, la escuela analítica:

[...] se inserta en el ámbito científico de la filosofía analítica y se sirve de sus métodos. Especial significado le corresponde a este respecto a la “filosofía del lenguaje ordinario” de Wittgenstein. Los problemas teóricos del derecho se convierten en una cuestión de delimitación lingüística por la vía de un análisis funcional de los conceptos jurídicos a partir de la descripción aclaratoria de su uso en el lenguaje ordinario. Las expresiones jurídicas dejan de significar la denominación de algo, y, por el contrario, derivan su significado de cuál sea su uso en relación con las reglas jurídicas. En lugar de intentar explicar y definir el concepto jurídico, se le describe tal como efectivamente es usado habitualmente en el lenguaje ordinario.⁵¹

En virtud de la importancia que para la escuela analítica tiene el lenguaje, la interpretación o esclarecimiento de la ley y de los conceptos jurídicos debe partir del análisis del lenguaje en el campo ordinario, es decir, en su uso cotidiano. Precisamente a partir del estudio del lenguaje ordinario, Hart analiza el derecho, proponiendo que se aclaren los conceptos jurídicos mediante los siguientes tres pasos:⁵²

1. Contemplar un enunciado del lenguaje ordinario en el que el concepto que se va a analizar desempeñe un papel lo más característico posible con arreglo al lenguaje ordinario, como, por ejemplo, en el enunciado “A tiene frente a B un derecho al pago de 10 marcos”.
2. Mostrar las condiciones de que ese enunciado característico, tomado como muestra, es verdadero. Así, el uso correcto de ese enunciado de ejemplo presupone que existe un sistema jurídico efectivo y que A puede hacer valer hechos a los que ciertas reglas ligan ciertas consecuencias jurídicas. A este nivel se hace

⁵⁰ Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosh, Barcelona, 1979, p. 243.

⁵¹ M. Saarbrücken, “*Teoría analítica del derecho*”, trad. Juan Antonio García Amado, en A. Kauffmann, y W. Yhassemer, *Pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 278.

⁵² Cf. *ibidem*, p. 279.

patente que la propuesta de Hart sobre los conceptos jurídicos y su teoría de la estructura del derecho se han de comprender como complemento y fundamentación de su doctrina sobre el concepto de derecho. Ello es así porque las condiciones dentro de las cuales el enunciado de ejemplo es verdadero sólo pueden ponerse de relieve a partir de la comprensión del sistema jurídico subyacente y de sus tipos de reglas.

3. Relacionar la proposición jurídica con su presupuesto y manifestar que la proposición es resultado de una conclusión jurídica a partir de reglas jurídicas y hechos relevantes, conclusión en la que tácitamente se presupone la existencia del ordenamiento jurídico.

- Validez jurídica

Otro tema que resulta muy importante para la escuela analítica es el de la validez jurídica, que el propio Kelsen había desarrollado a través de la pirámide jurídica o jerarquía de las leyes. Hans Kelsen explica la validez de una norma en el hecho de que está fundamentada en otra anterior o superior a ella y así, sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental que da validez a todo el sistema.

A partir de los presupuestos de la teoría analítica, Hart construye el concepto de validez jurídica, el cual es analizado de conformidad con su concepto de lenguaje ordinario. “En lo fundamental cuando se dice que determinada regla es válida se reconoce esa regla, como regla del sistema, reúne todas las condiciones que de ella se exigen por la regla de reconocimiento en tanto que regla última del sistema”.⁵³

En el derecho, al igual que en el lenguaje, el hablante sin referencia expresa a la regla gramatical de reconocimiento, acepta ésta como directriz normativa; en el derecho se presenta la misma situación, ya que las reglas primarias tienen un referente de validez, pues dependen y están subordinadas a normas superiores; pero si nos preguntamos qué sucede con la norma ulterior de reconocimiento de la cual pende todo el sistema, resulta que carece de ulterior referencia normativa; luego entonces sucede, al igual que en la teoría Kelseniana donde la regla de reconocimiento, carece de ulterior referente, por ser la regla fundamental o última del sistema, se debe aceptar simplemente como regla de reconocimiento de hecho. Para Hart es un simple asunto lingüístico, pues en lugar de expresar que una determinada ley o resolución es válida por

⁵³ *Ibidem*, p. 281.

su concordancia con una regla de reconocimiento, debemos rectificar y aceptar expresamente que la regla ulterior fundamental de todo el sistema es una regla aceptada por los tribunales y en general aceptada por la sociedad como regla de reconocimiento; de esta manera hemos resuelto el problema del enunciado meramente jurídico al reconocimiento del enunciado fáctico. Así, Hart distingue los enunciados meramente jurídicos de validez de las normas, de los enunciados empíricos de existencia de las reglas reconocimiento. Por ello, es posible hablar de la validez sólo al interior del sistema jurídico de reglas, pero en relación con la regla de reconocimiento, por ser la regla última del sistema y carecer de referencia a otra, no puede calificarse como válida o inválida, sino que es de hecho aceptada, por quienes reconocen y actúan en un determinado sistema jurídico.⁵⁴

Integración jurídica

En apartados anteriores se mencionó que los problemas de la técnica jurídica se reducen a problemas de interpretación, integración, determinación de vigencia, retroactividad o conflicto de las leyes en el tiempo y en el espacio. Estos problemas serán tratados en este punto, pero antes hay que estudiar las técnicas jurídicas empleadas para su solución. Antes de entrar en materia debemos precisar cómo surge y qué es la interpretación e integración jurídica.

La eficacia del derecho radica en que, mediante la aplicación de las normas jurídicas creadas, se resuelven los problemas de convivencia que le dieron origen al sistema jurídico, es decir, el derecho tiene que ser aplicado para solucionar casos concretos, y esta aplicación plantea un gran número de problemas, unos derivados de la norma misma, otros de la forma en que quienes acuden a los órganos jurisdiccionales tratan, en la medida de lo posible y hasta de lo imposible, de extender el significado o el texto de la ley para acomodarlo, no siempre en forma legítima, a sus intereses.

Por otra parte, debemos recordar que el derecho es una creación humana y, como tal, imperfecta, lo cual genera dos tipos de situaciones:

1. Si bien el legislador trata, en la medida de lo posible, de legislar con claridad, en el momento de aplicar las normas, quienes lo hacen, se encuentran con muchos problemas, ya que las normas pueden no ser del todo claras o ser ambiguas,

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 281-282.

aunque también puede darse el caso de que aun siendo claras, resultan inadecuadas, ya sea por evolución de las propias conductas o por evolución del lenguaje, como se observó en las distintas escuelas de interpretación estudiadas con anterioridad.

2. También se presenta el caso de que, pese a que la intención del legislador es contemplar en el texto legislativo todas las posibles conductas que realizarán los individuos, el texto a veces es insuficiente para que se abarquen todas las conductas o todas las modalidades conductuales de las personas; de tal manera que los hechos del presente que tienen que resolver las normas sobrepasan lo que se había contemplado en los textos legislativos.

Ante estas situaciones debe aclararse que el juzgador tiene que resolver el caso que se le presente; por ello, es importante que se estudien los problemas de interpretación e integración de la ley. Sin embargo, habrá que hacer esto al margen de lo establecido en las diferentes escuelas, basándonos en lo que aconseja la técnica jurídica aplicada por los tribunales.

a) Interpretación

Recordando lo visto en los puntos anteriores se puede decir que la interpretación significa descubrir el sentido de una ley.

Como se explicó antes, existen varias clases de interpretación, a saber:

1. **Interpretación auténtica.** Es la que realiza el propio creador de la ley, es decir, el propio poder legislativo que, para el caso de nuestro país, debe seguir los mismos pasos que se realizan para la creación de la ley, según lo establecido en el artículo 72 constitucional.⁵⁵
2. **Interpretación judicial o jurisprudencial.** La efectúan los jueces en sus resoluciones. Esta interpretación es realizada por los órganos judiciales facultados

⁵⁵ Art. 72 “Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones:
[...]

En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación...”

para hacer jurisprudencia y se le denomina interpretación judicial porque es obligatoria para todos los órganos judiciales inferiores.

3. **Interpretación privada.** La realizan los particulares, ya sean profesionistas del derecho o cualquier persona interesada en descubrir lo que dice la ley.
4. **Interpretación doctrinal.** Es de carácter privado, como la realizada por los especialistas o tratadistas del derecho. Éste sería el caso de las diferentes escuelas de interpretación estudiadas en el apartado anterior, las cuales tienen argumentos válidos, pero carecen de obligatoriedad.

Sin embargo, cabe mencionar que sólo la interpretación auténtica o realizada por el legislador y la interpretación judicial o jurisdiccional tienen carácter obligatorio.

b) Integración

La integración surge a partir de conductas que no se encuentran debidamente previstas en las normas; de tal manera que se produce “una laguna del derecho”, es decir, un vacío que tiene que ser colmado.

De esta manera podemos decir que la integración es:

El conjunto de procedimientos para colmar las lagunas y determinar el derecho aplicable.

Esto significa que, aun en el caso de que la ley carezca de disposición, el juez deberá resolver todo asunto que se le presente, así como que en el derecho no hay vacíos, tiene plenitud, carece de lagunas o aun teniéndolas debe resolverlas mediante los procedimientos para colmarlas.

En el artículo 18, de nuestro *Código Civil*, se dice:

El silencio, la obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

En general, la ley da pautas a los órganos jurisdiccionales para hacer la integración y solución de los casos no previstos.

Según esto, para resolver una controversia el juzgador, de acuerdo con las disposiciones legales, debe:

- Buscar las disposiciones legales al caso concreto.
- Examinar si existen en la propia ley reglas para hacer la integración cuando no haya una disposición aplicable al caso concreto.
- Ante la ausencia de los dos puntos anteriores, esto es, de una ley aplicable al caso concreto y de reglas para elaborar la integración, se hará la integración conforme a la equidad, los principios generales del derecho o la analogía.

Algunos artículos del *Código Civil* en México mencionan las pautas por seguir cuando haya problemas de integración en caso de controversia.

Art. 18 El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Art. 19 Las controversias judiciales deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho.

Art. 20 Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor de que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Además de las disposiciones anteriores, hay otros procedimientos para resolver los problemas de integración, como la equidad, los principios generales de derecho y la analogía, por mencionar algunos de los más utilizados.

Operaciones lógicas para resolver problemas de interpretación e integración

Tanto los problemas de interpretación como los de integración son atendidos mediante la aplicación de ciertos procedimientos y operaciones lógicas que se verán a continuación.

A contrario sensu

El argumento *a contrario sensu* se encuentra dentro de las operaciones lógicas de que se vale quien aplica el derecho para solucionar un caso. Ello significa que, por

aplicación lógica para un caso, cuando una disposición expresa una cierta solución restrictiva a determinadas personas o comprende la voluntad legislativa sólo para determinadas situaciones, puede inferirse que para las personas o situaciones comprendidas en tal disposición es aplicable una solución contraria.

Un ejemplo de la interpretación *a contrario sensu* lo encontramos en el artículo 1306, que a la letra dice:

Están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres [...]

A contrario sensu quiere decir que la capacidad para testar se adquiere a los dieciséis años.

La analogía

La analogía, en términos generales, es una forma de razonamiento que consiste en la comparación de situaciones específicas en las cuales encontramos semejanzas y discrepancias, es decir, situaciones que en parte coinciden y en parte difieren. Se afirma que hay analogía cuando tienen parte y parte (parte de semejanza, parte de discrepancia). Asimismo, se dice que hay analogía cuando existe parecido. De este modo mediante el razonamiento analógico resulta permisible inferir semejanzas o discrepancias.

De acuerdo con lo anterior, gracias a la analogía es posible que en el ámbito de la ley, cuando no haya una disposición específica para un caso concreto, se apliquen las disposiciones existentes para un caso similar o parecido. De modo que se aplica analógicamente un precepto previsto para un caso similar a aquel que nos ocupa.

El razonamiento de analogía se basa en el principio *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*, o como dicen otros juristas *Ubi eadem ratio, idem jus*,⁵⁶ que significan “donde hay la misma razón de la ley debe haber la misma disposición” o “donde hay la misma razón debe haber el mismo derecho”.

⁵⁶ Para el primer caso Cfr. R. Urquidí Ortiz, Derecho civil, Porrúa, México, 1982, p. 159. Para el segundo caso Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1982, p. 335.

No obstante, es necesario precisar que los principios del razonamiento analógico están permitidos, pero no en materia penal, donde la disposición legal es de aplicación estricta y no se permite el procedimiento analógico, de conformidad con la máxima jurídica *nulla paena sine lege, nullum crimen sine lege*, cuyo significado es “no hay pena que no esté en la ley”, “no hay crimen que no esté en la ley”.

A este respecto, el artículo 14 del texto constitucional señala:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

De esta cita constitucional, destaca que en materia penal existe la *garantía criminal*, la cual consiste en no poder ser penados, salvo por hechos previamente definidos por la propia ley, como conductas delictuosas.

Asimismo, no pueden ponerse penas que no estén previamente establecidas en la propia ley, a lo que se le conoce como *garantía penal*. Con lo anterior se establece que la ley penal no puede aplicarse por analogía o mayoría de razón, ya que la ley penal carece de lagunas, por lo que debe aplicarse exactamente. Ello significa que en materia penal no puede haber interpretación o integración jurídica. Ése es el motivo de que no se aplique el razonamiento analógico o de mayoría de razón en los casos penales.

Salvo la excepción anterior, en todos los casos donde haya una misma razón jurídica, debe haber por analogía la misma disposición normativa. De acuerdo con esto, la analogía es de posible aplicación. Hay tres tipos de analogía: *a pari*, *a minori ad majus* y *a majori ad minus*. A continuación se explica cada una de ellas.

a) *A pari*

La analogía *a pari* se aplica en virtud de que las instituciones o figuras jurídicas comparadas son prácticamente iguales en cuanto a su naturaleza jurídica, es decir, hay igualdad o paridad de motivos para aplicar la misma disposición normativa. Por ejemplo, en el artículo 1858 de nuestro *Código Civil* se dispone que

Los contratos que no están especialmente regulados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Por su parte, el artículo 1859 del mismo ordenamiento establece:

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones específicas de ley sobre los mismos.

Sin duda, las dos disposiciones anteriores hacen referencia a la analogía *a pari*, donde es evidente que los contratos comprenden una igualdad de naturaleza jurídica.

b) *A minori ad majus*

La analogía *a minori ad majus* se aplica porque hay menores motivos que para el caso regulado en la ley de donde surge, y se encuentra en el principio: “a quien le está prohibido *lo menos*, *con mayor razón* le está prohibido lo más”. Ésta es una relación jerárquica de facultades, donde quien no es titular de la facultad derivada también carece de la facultad primaria, como ejemplos se pueden mencionar:

- El depositario de un bien carece de facultad para usar la cosa materia del depósito; por lo tanto, también carece de la facultad para su venta.
- El acreedor prendario carece de la facultad para usar la cosa materia del contrato de prenda, por lo mismo carece de la facultad para arrendada o venderla.

c) *A majori ad minus*

La analogía *a majori ad minus* se aplica si existe una mayor motivación, y se encuentra en el principio: “el que puede *lo más*, *puede lo menos*”. El principio contiene dos

partes que tienen una relación de jerarquía de facultades, entre una facultad primaria y otra derivada. De modo que quien es titular de la facultad primaria también lo es de las facultades derivadas. Como ejemplos de este principio se pueden indicar los siguientes:

- El caso del propietario de un bien tiene la facultad para la venta de la cosa; por lo tanto, también tiene la facultad para arrendarlo.
- El usufructuario posee la facultad de apropiarse de los frutos de la cosa y, por lo mismo, tiene la facultad de enajenarlos.⁵⁷

La mayoría de razón

Otra de las técnicas de integración empleadas es la mayoría de razón. Consiste en que cuando se presenta un caso no previsto en la norma se resuelve con una norma existente para un caso previsto en la misma, siempre que existan mayores razones para su aplicación en el caso no previsto, que en el que si previó la disposición normativa.

Nuestro *Código Civil* en su artículo 389, como lo veremos a continuación, establece los derechos del hijo nacido fuera matrimonio y que es reconocido. Al respecto dice:

Art. 389 El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley; y
- IV. Los demás que deriven de la filiación.⁵⁸

Aplicando el principio de *mayoría de razón*, queda entendido que el hijo nacido dentro de matrimonio tiene los derechos ya estipulados en el artículo 389, pues existen, en principio mayores razones lógicas, para que el hijo de matrimonio tenga estos derechos, aunque la ley sólo previó los derechos del hijo reconocido.

⁵⁷ Cfr. Cuauhtémoc Enríquez Coronel, *Hermenéutica jurídica*, Universidad Tecnológica de México, 2003, p. 190.

⁵⁸ R. Ortiz Urquidí, *Derecho civil*, Porrúa, México, 1982, pp. 159-160.

Costumbre

La costumbre es una forma de resolver los problemas de integración o de interpretación de la ley. Sin embargo, para proceder a analizar ésta hay que tomar en cuenta que la costumbre es la fuente formal del derecho más antigua. Dado que el derecho se iba formando por las costumbres en las primeras comunidades humanas, pues como no existían la organización estatal, la división de poderes, típicos del sistema jurídico político actual, los primeros sistemas jurídicos estaban revestidos por la forma de la costumbre.

En las sociedades actuales, donde las formas de gobierno se han modernizado, la costumbre ha perdido importancia y ha quedado supeditada a la legislación como fuente del derecho, lo cual significa que la costumbre llega a aplicarse cuando la propia ley lo prevé, como ocurre en nuestro sistema jurídico.

En el derecho romano, la costumbre era importante, prueba de ello es que en el *Digesto* se decía lo siguiente:

La costumbre arraigada no sin razón es defendida como ocupando el lugar de la ley, y esto es lo que se llama derecho consuetudinario (*jus moribus constitutum*). Porque si las leyes no nos obligan más que por haber sido recibidas por decisión popular, es justo que lo aprobado por el pueblo sin escrito alguno también obligue a todos; pues ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad por el sufragio que por sus propios hechos?⁵⁹

La costumbre puede definirse como el uso reiterado de una conducta que es considerada obligatoria por la comunidad jurídica.

Los elementos de la costumbre son:

- a) La *inveterata consuetudo*, que es la costumbre arraigada en el tiempo y significa que no es una moda, esto es, algo meramente transitorio, sino que tiene un uso prolongado. De hecho se puede decir que ésta se ha usado durante varias generaciones, que se cuentan por centurias.
- b) La *opinio iuris seu necessitatis*, es la convicción de quienes practican la costumbre de que ésta es obligatoria como si fuera derecho y no sólo como un simple convencionalismo social.

⁵⁹ Digesto, L, XXXII. Citado por Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1998, p. 164.

- Tipos de costumbre:

Para los juristas existen tres tipos de costumbre que son:

- a) La costumbre *secundum legem*, que está acorde con lo dispuesto en las leyes.
- b) La costumbre *praeter legem*, que si bien no se opone a la ley, no está de acuerdo con lo dispuesto en ella.
- c) La costumbre *contra legem*, que está en contra de lo que disponen las leyes.

Por lo estudiado sobre la costumbre, podemos considerar que realmente tiene poca utilidad para resolver los problemas de interpretación e integración del derecho, sobre todo en nuestro país, ya que posee un sistema jurídico legislado, por lo que su principal fuente es la legislación.

Sin embargo, la legislación en ocasiones da cabida a la aplicación de la costumbre, por lo cual es importante estudiar, aunque sea brevemente, cómo se maneja la costumbre en nuestra legislación.

En el artículo 10 del *Código Civil* se señala: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”. Esta disposición conduce a afirmar que la costumbre en el derecho mexicano, sobre todo si es *contra legem*, no puede aplicarse.

Respecto a la costumbre *praeter legem*, es decir, la costumbre que no se opone a la ley, aunque no está de acuerdo con ella, podemos decir que es permitida por nuestra legislación, dado que algunos artículos del *Código Civil* la contemplan. Por ejemplo, en el artículo 2607 se dice:

Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por el arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

El artículo citado muestra la forma en que la propia legislación dispone los casos en que la costumbre puede tomarse como base para resolver dudas o controversias suscitadas por alguna carencia o falta de claridad en la norma.

Equidad

El concepto de equidad fue muy bien desarrollado por Aristóteles, quien explicó el papel de la equidad en el derecho y cómo ésta resuelve el problema de los vacíos legales

o lagunas del derecho o, para decirlo técnicamente, cómo se emplea la equidad para la integración de la ley.

En el Libro V, Capítulo X, de su libro *Ética a Nicómaco*, Aristóteles dice:

Lo equitativo y lo justo son una misma cosa, y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está por entero en la naturaleza misma de las cosas, porque ésta es, precisamente, la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata.

Por tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor, al parecer, que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido.⁶⁰

Finalmente, cabe mencionar que algunos juristas se refieren a la equidad no sólo como uno de los principios generales del derecho, sino también como el más importante de dichos principios. En consecuencia, aplican todas las normas que aluden a los principios generales del derecho a la equidad, es decir, sólo se aplica en los casos en que no haya ley aplicable y sin contravención a los principios legales existentes.

⁶⁰ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Espasa-Calpe, Madrid, 1976, p. 152.

Principios generales del derecho

En las disposiciones legislativas citadas con anterioridad, y en particular en los artículos 14 constitucional y 19 del *Código Civil* vigente, se ordena al juzgador que cuando no haya disposición legal para un caso concreto, las controversias que le sean planteadas deben resolverse acudiendo a los principios generales del derecho, sin mencionar cuáles son estos principios, lo cual más que resolver el problema parece complicarlo.

Si nos preguntamos, cuáles son los principios generales del derecho a que se refieren las anteriores disposiciones, la respuesta, en efecto, no resulta sencilla.

Con respecto a cuáles son los principios generales del derecho, destacan las siguientes posturas:

- a) Quienes identifican los principios generales del derecho con los principios tradicionales del derecho romano.
- b) Quienes afirman que los principios generales del derecho son los principios universalmente admitidos por la ciencia.
- c) Quienes aseveran que éstos son los principios del derecho natural.

Como se observa, en ningún caso existe uniformidad, pues todas las posturas resultan discutibles. ¿Cuáles son los principios tradicionales del derecho romano?, ¿cuáles son los principios universalmente admitidos por la ciencia? y, finalmente, ¿cuáles son los principios del derecho natural?

Por supuesto que para las interrogantes planteadas no hay respuestas uniformes o que dejen satisfechos a todos. Sin embargo, en este tenor destaca la obra de Giorgio del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, donde se identifican dichos principios con los principios del derecho natural, los cuales tienen validez intrínseca, emanada del recto proceder racional humano.

ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA

Antes de abordar el tema de los ámbitos de la validez normativa, se necesita esclarecer el significado del término “ámbito”, el cual proviene, etimológicamente, del verbo latino *ambire* que significa “rodear, cercar, pretender”.⁶¹

⁶¹ Cfr. Joan Corominas y José A. Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, tomo I, Gredos, Madrid, 2000, p. 238.

El ámbito de la validez, refiriéndose a la norma jurídica, es lo que rodea, abarca o, pudiera decirse, lo que está a su alcance.

El tema de la validez normativa, esencial para el derecho, conlleva su significado en la pertenencia a un sistema jurídico. Cuando se dice que una norma es válida se está implicando que ha sido aceptada, mediante un acto formal, en el sistema jurídico al que pertenece. Dicha norma, por consiguiente, debió ser producida por los sujetos que, de acuerdo con lo establecido en el sistema jurídico al que la norma pertenece, tienen competencia para ello y esto, en última instancia, debió hacerse siguiendo los procedimientos establecidos en el propio sistema jurídico al que pertenece.

En su conjunto, las normas jurídicas válidas constituyen el derecho vigente, entendiendo que éste es el conjunto de normas que la autoridad constituida ha declarado obligatorias en un país y época determinados.

Hans Kelsen plantea sobre esto que:

Con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros, como hemos propuesto anteriormente, recurrimos a la palabra “deber” con un sentido que comprende todos estos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no.

Si la existencia específica de la norma es designada como su “validez”, recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales.⁶²

La norma jurídica, de acuerdo con Kelsen,

[...] adquiere validez justamente cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, ha cesado de existir. El individuo que con un acto suyo, intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, ha producido una norma jurídica, no tiene que continuar queriendo ese comportamiento para que valga la norma que constituye el sentido de su acto. Cuando los hombres que actúan como órganos legislativos, deciden promulgar una ley que regule determinadas contingencias y de esa manera le otorgan validez, orientan luego sus decisiones a la regulación de otros objetos. [...] ⁶³

⁶² Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1983, pp. 23-24.

⁶³ *Idem*, p. 24.

Para la mayoría de los juristas la validez de *la norma es su existencia o su pertenencia a un determinado sistema jurídico que la ha adoptado como tal*.

Ahora bien, el hecho de que una norma haya sido declarada válida no garantiza que sea obedecida o aplicada; por lo que es necesario referirse al concepto de eficacia. Por eficacia se entiende, de acuerdo con Kelsen, al hecho de que la norma sea aplicada u obedecida. A este respecto Kelsen agrega: “Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación”.⁶⁴ Si bien la validez y la eficacia son diferentes, en los hechos se complementan o requieren mutuamente, es decir, la validez por sí sola no basta, necesita además de cierto grado de eficacia; y la sola eficacia no hace válida a una norma.

Kelsen dice a este respecto que

Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de validez.⁶⁵

Pese a que la validez requiere de un mínimo de efectividad, ello no significa que la carencia de efectividad genere que se pierda la validez. El autor de la *Teoría pura del derecho* muestra ello diciendo que:

Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz, es decir, antes de ser obedecida y aplicada; el tribunal que aplica en un caso concreto una ley, inmediatamente después de haber sido dictada, y, por ende, antes de que haya podido ser efectiva, aplica una norma jurídica válida. Pero una norma jurídica deja de ser considerada como válida cuando permanece sin eficacia duraderamente. La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica para que no pierda su validez.⁶⁶

⁶⁴ *Loc. cit.*

⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶ *Ibidem*, p. 25.

Hecha esta reflexión, podemos decir que casi todos los juristas siguen, con respecto a este tema, a Kelsen, quien propone que los ámbitos de validez de la norma son el espacial (territorial), el temporal, el material y el personal.⁶⁷

Ámbito espacial

El ámbito denominado espacial o territorial de validez se entiende como: el lugar, espacio o extensión territorial en el que una norma es aplicable.

De acuerdo con esto, podemos observar que en nuestro país algunas normas se aplican en toda la República Mexicana, mientras que otras son de aplicación más restringida, como son algunas normas estatales.

Lo anterior obedece a la organización política de nuestro país, donde las disposiciones constitucionales contenidas en los capítulos primero y segundo, “De la soberanía nacional y de la forma de gobierno” y “De las partes integrantes de la federación y del territorio nacional”, respectivamente, se concluye que nuestro país se constituye como una república federal, dividida en entidades federativas, denominadas “estados” y éstos, a su vez, se dividen en “municipios”.

Cada uno de los órganos de gobierno, en sus respectivos ámbitos (federal, local o estatal y municipal), tiene distintas competencias, que incluyen, por supuesto, las competencias legislativas, de donde se derivan las normas federales, las normas locales o estatales y las normas municipales.

Según esto, y acorde con el mandamiento constitucional, las normas, a partir de lo expresado como ámbito espacial o territorial de validez, pueden ser:

- **Normas federales:** las expedidas por el Congreso de la Unión y con validez en todo el país. Estas son normas del ámbito federal, y un ejemplo de este tipo de leyes sería la Ley Federal del Trabajo.
- **Normas estatales o locales:** Expedidas por las legislaturas de los estados o legislaturas locales (diputados locales), y en el caso del Distrito Federal estas leyes son expedidas por la Asamblea Legislativa. Este tipo de leyes sólo son válidas en el territorio de las entidades federativas correspondientes. Un ejemplo de este tipo de leyes podría ser el Código Civil del Estado de México.
- **Normas municipales:** Expedidas por los distintos ayuntamientos municipales y su validez se circunscribe al territorio del municipio al que corresponden.

⁶⁷ Cfr. Hans Kelsen, *El contrato y el tratado*, Colofón, México, 1994, p. 53.

En conclusión, a partir del ámbito espacial o territorial de validez de las normas, hay normas federales, normas estatales o locales y normas municipales.

Ámbito temporal

Del mismo modo que hay normas válidas para un espacio o territorio, existen normas válidas para un tiempo específico. Las normas van sufriendo adaptaciones para responder a las nuevas necesidades humanas dada la evolución de la sociedad en todos los ámbitos, como el político, el social, el económico, el tecnológico y el científico; las transformaciones en estos aspectos plantean nuevos retos al sistema jurídico, y el derecho casi siempre se queda rezagado.

No obstante lo anterior, los cambios legislativos o cambios a las leyes son prácticamente cotidianos, pues hay leyes que se abrogan (la abrogación es la pérdida de vigencia total de una ley), se derogan (la derogación es la pérdida parcial de la vigencia de una ley), se modifican o también hay la expedición de leyes totalmente nuevas que, en anteriores circunstancias, no eran necesarias. Las sociedades modernas son muy dinámicas, los cambios son una constante en todos los ámbitos de la vida, y estas transformaciones llegan a ser de tal magnitud que no tenemos tiempo para asimilarlas. Desde el punto de vista legislativo, cuando algunas normas surgen ya son, de hecho, obsoletas para las condiciones que vive la sociedad. Ello nos conduce a la conclusión de que las normas, necesariamente, tienen un *ámbito temporal de validez, el cual es el tiempo que una norma puede estar en vigor*.

Al leer en algunos textos legislativos es posible encontrar que, desde la aprobación y expedición de las leyes, ya indican el tiempo que estarán vigentes. Algunas otras leyes se publican sin indicar el tiempo que estarán en vigor, lo cual no significa que nunca cambiarán, sino que éstas mantendrán su vigencia hasta ser modificadas o sustituidas por otras, es decir, hasta ser derogadas o abrogadas.

Entendido lo anterior, las normas, en el *ámbito temporal de la validez*, pueden ser:

- *Normas de vigencia determinada:* Aquellas cuya validez temporal se encuentra indicada en la misma ley.
- *Normas de vigencia indeterminada:* Aquellas cuyo tiempo de vigencia no ha sido fijado previamente por la ley al ser publicada.

Para concluir, debe recordarse que si la norma tiene una vigencia la validez será sólo durante el tiempo que la propia ley tiene establecido, es decir, la vigencia se perderá automáticamente después de transcurrido ese tiempo. En contraste, si la norma es de vigencia indeterminada, es necesario que ésta sea derogada o abrogada por otra disposición y para que pierda su vigencia.

Tanto el tema del ámbito espacial como del ámbito temporal de la validez de las normas parecen cuestiones sencillas, pero plantean una serie de problemas que se abordarán posteriormente.

Ámbito material

El derecho surgió, entre otras razones, para resolver los problemas que se presentan en la convivencia social, y ésta se ha hecho cada día más compleja.

En la medida en que el ser humano se ha ido desarrollando, las relaciones sociales, tanto en número como en los distintos ámbitos de la vida, han hecho necesaria la intervención del Estado para regular los diferentes aspectos en los que el hombre tiene injerencia. El ser humano ha logrado avanzar de una sociedad en la que se practicaba el trueque a una sociedad de consumo, de grupos sociales aislados entre sí a una sociedad global, de una sociedad con necesidades de supervivencia a una sociedad de necesidades superfluas, etc.; lo cual ha provocado que los Estados modernos deban legislar en las distintas materias de casi todos los aspectos de la vida humana. Ésa es la razón de que hayan surgido leyes en materia mercantil, tributaria, económica, bursátil, ecológica, tecnológica o de comunicaciones, en lo que corresponde tanto a los poderes públicos como al interés de los particulares, esto es, se han creado leyes en distintas materias, constituyéndose así el *ámbito material de validez*.

De acuerdo con el ámbito material de validez, las normas jurídicas pueden ser de derecho público y de derecho privado:

- **Normas de derecho público:** Son las que regulan las relaciones jurídicas en las que interviene el Estado en su papel de soberano; tanto al interior del Estado como en su actuación frente a otros Estados, igualmente soberanos.
- **Normas de derecho privado:** Son las que se aplican a los particulares en sus relaciones con otros particulares.

Las relaciones reguladas por el derecho público se caracterizan, con lo dicho hasta aquí, por la actuación del Estado en su papel de soberano. Las actuaciones del Estado, cabe señalar, se realizan a través de los poderes que lo integran.

Ahora bien, la actuación del Estado, en su papel de soberano, puede ser de tres formas principales:

- a) Actuando un Estado soberano frente a otro Estado, igualmente soberano. Ejemplo de ello sería la relación jurídica entre España y México a través de sus órganos de gobierno.
- b) Actuando un órgano de un Estado soberano frente a otro órgano de ese mismo Estado soberano. Por ejemplo, un conflicto entre el poder judicial y el poder ejecutivo.
- c) Actuando el Estado soberano en su calidad de Estado frente a un particular. Ejemplo de ello sería un acto expropiatorio del Estado en contra de un particular.

En el caso del inciso *a* surgen las normas del derecho público externo, lo cual se entiende como el conjunto de normas que *se ocupan de las relaciones jurídicas en las que intervienen dos o más Estados soberanos*.

Para los casos *b* y *c* se crean las normas del derecho público interno, es decir, *la rama del derecho o conjunto de normas que se ocupan de las relaciones jurídicas en las que interviene un Estado soberano frente a órganos del propio Estado o frente a particulares*. Éste, a su vez, se ramifica en diversas materias jurídicas, como serían el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho procesal, el derecho bancario, el derecho fiscal, etcétera.

En las normas de derecho privado, las relaciones entre los particulares también pueden ser variadas. Del derecho privado derivan las normas en materia civil y en materia mercantil:

- **Normas en materia civil:** *aquellas que se ocupan de los hechos y actos de la vida de la persona, así como de las situaciones jurídicas en que se encuentran las personas en relación con sus semejantes.*
- **Normas en materia mercantil:** *aquellas aplicables a las relaciones jurídicas de los particulares dedicados al comercio o similares.*

Por último, cabe señalar que el desarrollo y la facilidad con que las personas pueden comunicarse en la actualidad generan que la relación jurídica entre particulares se dé en círculos cada día más amplios, haciendo que el Estado se enfrente a nuevos problemas legislativos. Ejemplo de ello sería la posibilidad del derecho internacional privado en internet, donde la contratación o el comercio privado internacional se ha convertido en una realidad cotidiana; aunque también se puede mencionar la vulnerabilidad de los particulares en su derecho a la intimidad y a la vida privada, donde, con relación al derecho, cada día lo privado se hace más público y menos privado, mientras que lo público se torna más privado y menos público, esto es, el ciudadano común tiene acceso a la información y a la actuación pública. En pocas palabras, tanto el particular como el Estado son más vulnerables en sus derechos, sobre todo ante los actos ilícitos. Al parecer, los Estados, aun los poderosos, nunca han sido tan débiles y tan vulnerables como lo son con la globalización por el desarrollo de la red o internet.

Lo anterior sólo ejemplifica el problema de regulación que enfrenta el Estado en ámbitos materiales de validez, los cuales son cada día más amplios.

Ámbito personal

Las normas jurídicas, cualquiera que sea su ámbito de validez (temporal, espacial o material), regulan la conducta de las personas ya sea como particulares o como grupo, esto deriva que las normas, además de los ámbitos de validez explicados antes, tengan un *ámbito personal de validez donde la persona o grupos de personas abarcan o quedan comprendidos por la disposición normativa*.

Aun cuando todas las normas son generales, esto es, son para todas las personas, las normas en el ámbito personal pueden ser:

- *Normas genéricas: aquellas que facultan u obligan a todas las personas comprendidas o tomadas como sujeto de la disposición normativa.*
- *Normas individualizadas: aquellas que obligan o facultan a una persona o grupo, pero considerándolas individualmente y determinándolas como sujetos específicos de la norma jurídica.*

Todas las normas jurídicas son genéricas; como ejemplo podemos tomar cualquier norma, ley o código en su conjunto y se verá que todas sus disposiciones son dirigidas a la generalidad de personas. Por ello, muchas de estas normas siempre se refieren a

sujetos genéricos en su conjunto: “Al que...” o “A quien...” “El trabajador...” “El arrendador...” “El propietario...” Por ejemplo, el artículo 882, dice:

El que sin consentimiento del dueño hiciere en terreno ajeno obras para descubrir un tesoro, está obligado en todo caso a pagar los daños y perjuicios, y, además, a costear la reposición de las cosas a su primer estado; perderá también el derecho de inquilinato, si lo tuviere, en el fundo, aunque no esté fenecido el término del arrendamiento, cuando así lo pidiere el dueño.

Cómo se observa, el sujeto de esta norma es “El que...”, es decir, se refiere a todo el que caiga en el supuesto descrito en ese artículo; por tanto, se trata de un sujeto genérico.

Si la norma es individualizada no significa que haya sido expedida de esta manera, sino que se trata de la misma norma genérica que, el sujeto al violar la disposición, hace que se actualice el supuesto contemplado en ella y, por tal motivo, el sujeto indeterminado se concreta en una persona con nombre y apellido a quien se le aplica individualmente. Ello implica que sólo a él se le aplicará lo estipulado en la disposición genérica. Un ejemplo de la norma individualizada sería una sentencia en la que se condena a una persona determinada a realizar lo que la norma genérica establece en caso de violación.

VIGENCIA DE LA NORMA JURÍDICA

Así como la norma adquiere vigencia, también puede perderla; esto, como se mencionó antes, parece algo sencillo pero implica algunos problemas.

¿Cuándo es vigente una norma? A partir de la vigencia, es importante decir, la norma empieza a obligar.

Sin embargo, el hecho de que la norma sea válida no significa que tenga capacidad regulatoria; dicha capacidad de la norma sólo se adquiere mediante el acto que la hace vigente.

En efecto, la vigencia otorga a la norma la aptitud para ser aplicada y, de esta manera, ser usada por los órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos que se les presenten o para fundamentar sus decisiones cuando se le plantean controversias.

Por lo general, dentro del proceso legislativo se contempla el momento en que las normas entran en vigor, bien sea que la propia norma, en su propio texto, lo establezca o bien porque dentro del mismo proceso de creación queden establecidas las reglas que determinan el momento en que entrarán en vigor.

La entrada en vigor de las normas se da a partir de su publicación formal, ya sea en el *Diario Oficial de la Federación*, cuando se trata de leyes federales, o en la

Gaceta Oficial, cuando se trata de leyes estatales o locales. En dichas publicaciones se menciona que las normas entran en vigor a partir de su publicación o al día siguiente de su publicación, o bien se dice que entran en vigor en determinada fecha después de su publicación. Aun cuando esto es regla general puede suceder que no se diga algo sobre la vigencia de la norma y, entonces, hay que buscar en otros ordenamientos donde se regule la entrada en vigor de las normas, lo cual se planteará en otro apartado.

Según el proceso legislativo regulado en los artículos 71 y 72 constitucionales, las etapas de dicho proceso son: *la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la publicación y la iniciación de la vigencia*.

No basta, pues, que la ley haya sido aprobada, con lo cual ya tiene validez, sino que es necesario que además la misma entre en vigor. Es decir, la sanción, la publicación y la iniciación de la vigencia son etapas posteriores a la aprobación; pero necesarias para que la norma obligue jurídicamente y quede incorporada definitivamente al ordenamiento legal.

De hecho, el artículo 72, fracción A, establece que:

Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprueba, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tiene observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

En la fracción B, del citado artículo, se dice que:

Se reputará, aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

La sanción, según la disposición constitucional, corresponde al Poder Ejecutivo —quien de no ejercer su derecho de veto—, la publicará, y esta publicación tiene la finalidad de darla a conocer a quienes, desde sus distintas esferas, deben cumplirla; por lo tanto, la publicación es un requisito para su entrada en vigor.

La publicación de las normas es un requisito para su existencia como normas; es decir, para que produzcan efectos vinculantes. La publicación de las normas cumple, claro está, una función divulgativa de las mismas. Pero no se reduce a eso. En un sistema político que exija la publicidad de sus normas (y desde luego en un sistema democrático no puede ser de otro modo) la publicación es también el instrumento que da fe de su existencia y

de su contenido, y en este sentido es un auténtico acto constitutivo de su existencia como tales normas.⁶⁸

A través de la publicación, las normas obtienen su carácter vinculante, ya que cuando esto ocurre la publicación es el punto de referencia para su entrada en vigor, y quizá éste sea el rasgo más importante, independientemente de que la publicación, como dice el autor que citamos, de fe del contenido de las normas y hace que el mismo quede fijo.

• Iniciación de la vigencia en nuestra legislación

Como afirmamos con anterioridad, el punto de partida para referir el inicio de la vigencia es su publicación. De esta manera nuestra legislación abre dos posibilidades que son:

- a) Que la ley fije el día en que debe comenzar a regir, en cuyo caso el artículo 4o., tanto del *Código Civil para el Distrito Federal* como del *Código Civil Federal*, dice: “Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día con tal de que su publicación haya sido anterior”. Esta posibilidad permite observar que la *vacatio legis* (el tiempo que transcurre entre la publicación de la ley y su entrada en vigor) puede ser variable.
- b) Que la ley no fije la fecha en que entrará en vigor. En este caso, el artículo 3o. del *Código Civil para el Distrito Federal* dice:

Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general para el Distrito Federal, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en la *Gaceta Oficial*.

Para el resto del país en el artículo 3o. del *Código Civil Federal* se establece que:

Las leyes, reglamentos circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

⁶⁸ J. Betegón Carrillo *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 253.

En los lugares distintos en que se publica el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etcétera, se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.

Abrogación o derogación

Así como la norma adquiere vigencia también puede perderla y, a partir de que esto sucede, por regla general deja de aplicarse, aunque, como se verá, esto no es del todo exacto.

En general, las normas pierden la vigencia por medio de la abrogación o la derogación.

La abrogación se entiende como la pérdida de vigencia de toda una ley, como cuando, por ejemplo, un código civil o penal es abrogado y sustituido por otro.

En cambio *la derogación significa la pérdida de vigencia parcial de una ley*; por ejemplo, cuando en un código civil o en otra ley algunos artículos pierdan vigencia. Tal es el caso de la fracción II del artículo 73 constitucional.

Normas de vigencia determinada e indeterminada

También sucede que en determinadas normas no es necesaria la abrogación o la derogación para que pierdan su vigencia, como son los casos de:

- *Normas de vigencia determinada*, cuya validez temporal se encuentra indicada en la misma ley. Éstas una vez transcurrido el plazo establecido en la misma, pierden su vigencia.
- *Normas de vigencia indeterminada*, cuyo tiempo de vigencia no ha sido fijado previamente por la ley al ser publicada, por lo que requieren una norma derogatoria para perder su vigencia.

¿Qué sucede cuando una norma pierde su vigencia? Cuando estamos frente a normas de vigencia determinada es lógico suponer que, pasado el plazo, pierden su vigencia. Este tipo de pérdida de la vigencia es frecuente en normas de carácter administrativo. El caso más común son las normas de carácter presupuestal que, por regla general, tienen vigencia de un año, y no presentan mayor problema en cuanto a la vigencia se refiere; salvo que resulten ser violatorias de principios constitucionales.

En contraste, las normas de vigencia indeterminada requieren de un acto derogatorio para que pierdan su vigencia, por lo que es necesario reflexionar tanto sobre la cesación o pérdida de vigencia como sobre los efectos de ésta.

La derogación, como se mencionó antes, es la pérdida parcial de la vigencia de una ley. Sin embargo, este concepto que parece simple ha sido ampliamente discutido por los estudiosos de la teoría del derecho, sobre todo en lo correspondiente a sus efectos. La derogación, dice Betegón:

[...] es, desde luego, un caso de cambio en los sistemas jurídicos por sustracción de normas. Ahora bien, a partir de esto que podría considerarse un lugar común, a la hora de determinar las consecuencias de la derogación se entremezclan problemas conceptuales con otros más terminológicos; así en ocasiones se dice que la derogación da lugar a la “invalidéz” de las normas, otras veces se habla de la cesación de su “vigencia”, de la pérdida de su “eficacia” e incluso de la muerte o extinción de las mismas.⁶⁹

Al respecto, y sin profundizar en el planteamiento anterior, debe decirse que la “validez”, la “eficacia” y la “vigencia” son conceptos distintos, aunque relacionados, por lo que *la derogación, en estricto sentido, se limita a la afectación de la vigencia*. Mediante la norma derogatoria se acota el tiempo de aplicabilidad de la norma derogada, afectando, claro está, la eficacia reguladora, sin que esto signifique que la vigencia y la eficacia sean lo mismo.

Sin embargo, las relaciones jurídicas que se hayan realizado al amparo de la norma derogada, cuando ésta era vigente, se resolverán o se atenderán conforme a lo que fue establecido en ella a pesar de que ya no sea vigente. A este tema nos referiremos en el apartado sobre la retroactividad e irretroactividad de la ley.

CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO

Es importante recordar en el estudio de este tema el concepto de vigencia, entendido como la capacidad regulativa de las normas, es decir, la aptitud que posee la norma para regular situaciones jurídicas que queden comprendidas dentro de su aplicación.

Ahora bien, las situaciones jurídicas quedan comprendidas dentro de la condición de aplicación de una norma, cuando éstas se producen, cuando la norma está o se encuentra en vigor y, en consecuencia, cuando dicha norma se encuentra en

⁶⁹ *Ibidem*, p. 256.

condiciones de ser empleada por los órganos jurisdiccionales para, con base en ella, justificar sus decisiones; por ello es de suma importancia determinar el momento en que la norma entró en vigor y cuando dejó de estarlo.

Se puede apreciar, desde luego, que la relevancia de saber el tiempo de vigencia de una norma y entender que la aplicación de la ley suscita algunos problemas que, para el caso que nos ocupa, son denominados problemas o conflictos de aplicación de leyes en el tiempo. Ésa es la razón de que se haya estudiado antes el tema de la vigencia de las normas, así como los conceptos de abrogación y derogación de las normas en estrecha relación con la pérdida de la vigencia.

Ahora bien, la cuestión es analizar si una norma, bajo determinadas circunstancias, puede producir efectos más allá del tiempo de su vigencia, esto es, la posibilidad de que haya normas, que pese a estar derogadas o abrogadas, continúen resolviendo controversias y también la posibilidad de que haya normas que sean aplicadas a situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad a su entrada en vigor.

En otras palabras, puede darse el caso de que una conducta realizada no sea considerada en las normas actuales vigentes como contraria a los ordenamientos legales; pero al momento de entrar en vigor nuevas normas, éstas pudieran establecer que las conductas que no eran sancionadas en la legislación anterior si se consideren contrarias a la ley o ilícitas en las nuevas disposiciones.

Asimismo, puede presentarse el caso contrario, es decir, de acuerdo con las leyes actualmente vigentes una conducta puede resultar contraria al orden legal y, en consecuencia, sea sancionada; pero que, al entrar en vigor nuevas disposiciones normativas, no se contemple que dicha conducta resulte violatoria del orden jurídico y, por tal razón, no se prevea sanción alguna.

Ambas circunstancias nos llevarían a preguntar: ¿Cuál disposición es la que se debe aplicar para resolver las controversias o situaciones jurídicas que se presenten bajo estas circunstancias? ¿Es posible aplicar una norma ya derogada o abrogada? O bien, ¿es posible aplicar una nueva ley a una situación jurídica sucedida cuando aquélla no se encontraba en vigor? Esto significaría, por un lado, extender el periodo de vigencia de una norma jurídica y, por otro, aplicar una ley antes que la misma tenga vigencia.

Retroactividad e irretroactividad

Estos problemas de aplicación de las leyes en el tiempo también son denominados problemas de retroactividad e irretroactividad de la ley. Lo lógico sería pensar que

las leyes no se apliquen en forma retroactiva, pues de hacerlo se atentaría contra la seguridad jurídica. No obstante ello, también es verdad que las leyes, al ser creaciones humanas, no son perfectas, sino perfectibles. Por ello, ante ciertas circunstancias y ante leyes más perfectas cabe la posibilidad de aplicar la ley en forma retroactiva, de modo tal que, quien ya fue juzgado por una ley menos justa o menos perfecta, sea beneficiado por esta situación, por lo que es necesario analizar en qué casos puede aplicarse en forma retroactiva una ley.

De acuerdo con lo anterior, la irretroactividad de la ley es el principio jurídico en el que se plantea que “las disposiciones normativas no pueden aplicarse a situaciones o conductas que se efectuaron antes de estar en vigor dichas disposiciones”. Luego entonces, la norma sería retroactiva o se estaría frente a la retroactividad cuando las disposiciones normativas sean aplicables para resolver cuestiones jurídicas que se llevaron a cabo cuando las disposiciones tenían vigencia.

Muchas teorías se han elaborado para resolver los problemas derivados de la aplicación de leyes en el tiempo, las cuales se expondrán a continuación, siguiendo al jurista Eduardo García Máynez.

- La teoría de los derechos adquiridos, formulada por Felipe Antonio Conde de Merlín de Duoai (1754-1838), establece que una ley es retroactiva cuando destruye o, de alguna manera, restringe un derecho adquirido bajo una ley anterior. Según esto, *los derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio y no pueden sernos arrebatados*.

Ejemplo de un derecho adquirido, como cita el jurista Raúl Ortiz Urquidí siguiendo la postura de Trinidad García, es:

Cuando una persona muere, sus herederos le suceden en sus bienes y obligaciones, y adquieren derechos sobre su patrimonio, de acuerdo con la ley vigente cuando el fallecimiento acaece; si una ley nueva modificara después de la muerte del autor de la herencia los términos de la ley anterior, no podría aplicarse a los herederos para quitarles o modificar sus derechos hereditarios, adquiridos antes de la nueva ley, por el hecho de la muerte.⁷⁰

⁷⁰ Raúl Ortiz Urquidí, *op. cit.*, p. 170.

- La tesis de Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, variante de la teoría de los derechos adquiridos, distingue entre las facultades legales ejercitadas y las facultades legales no ejercitadas en los derechos adquiridos. En efecto, para estos juristas los derechos adquiridos son las facultades legales regularmente ejercitadas, mientras que las facultades legales no ejercitadas o expectativas son las facultades o intereses que al momento de haber un cambio legislativo aun no han sido ejercidos, como dice Ortiz Urquidí:

El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo está materializado en ese acto que la traduce exteriormente, es constitutivo del derecho adquirido. Y ese derecho nos pertenece en lo sucesivo, desde ese momento, a tal punto que una nueva ley no puede arrebatárnoslo sin pecar de retroactividad, lo que se comprende bien, pues la ley se destruiría a sí misma, destruyendo la obra que permitió en el pasado, con gran perjuicio de su autoridad personal desde luego, y en seguida de los intereses de aquellos a quienes rige, puesto que entonces nada estable habría en la sociedad.⁷¹

- La tesis de Paul Roubier, que estudia el problema desde la perspectiva de la retroactividad y es similar, como veremos, a la tesis de Ripert y Planiol. Roubier, refiriéndose a la retroactividad, menciona que las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para que se aprecien las condiciones de legalidad de un acto o para que se modifiquen o supriman efectos ya realizados de un derecho.

La ley, para Roubier, es retroactiva cuando modifica determinadas consecuencias de derecho realizadas totalmente bajo el imperio de la ley anterior o cuando se aplica a efectos producidos antes de iniciada la vigencia de la nueva ley.

- La tesis de Planiol, también relacionada con la retroactividad de la ley, dice:

Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos, no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores sin ser retroactiva.⁷²

⁷¹ *Ibidem*, p. 171.

⁷² Citado por Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 394.

- La tesis de Bonnecase, plantea que una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta y que no lo es, en cambio, cuando simplemente limita o extingue una situación jurídica abstracta, creada por una ley precedente.

Para comprender esta postura es necesario que se comprenda que, para Bonnecase, “una situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada”.⁷³ Así, por ejemplo, si una ley establece qué personas son capaces de heredar, relativamente a todas ellas, la ley en cuestión crea una situación jurídica abstracta, en cuanto determina, de modo genérico, qué requisitos deben concurrir en un sujeto para que se halle en condiciones de ser instituido heredero.

En lo que corresponde a una situación jurídica concreta que es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o hecho jurídicos, que pone en juego en su provecho o a su cargo las reglas de una institución jurídica, confiéndole *ipso facto* las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución.

La transformación de una situación jurídica abstracta hacia una concreta puede derivar de hechos jurídicos (ajenos a la voluntad del sujeto) o de actos jurídicos (donde interviene la voluntad del sujeto).

El individuo que bajo el imperio de la ley antigua se había convertido en mayor por haber alcanzado la edad fijada por esa ley, no volverá a ser menor si la nueva ley aumenta la edad de la mayoría; pues, de lo contrario, la segunda ley no podrá escapar al reproche de que es retroactiva. Así pues, si el legislador no ha formulado expresamente una voluntad contraria, el individuo ya mayor por haber cumplido veintiún años bajo el imperio de una ley que fija en veinticinco la mayor edad, no volverá a ser menor hasta los veinticinco so pretexto de que la nueva ley ha retardado la iniciación de la mayoría.⁷⁴

- La retroactividad de la ley en nuestra legislación se acoge al principio general del artículo 14 constitucional, que dice: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, texto que también es transcrito íntegramente por el artículo 5o. del *Código Civil*.

⁷³ *Ibidem*, p. 396.

⁷⁴ Bonnecase, citado por Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 397.

La disposición constitucional citada, interpretada *a contrario sensu*, significa que la ley si puede ser retroactiva si beneficia a las personas. De acuerdo con esto:

1. En materia penal sí procede la retroactividad de la ley y, en consecuencia, es lícita en beneficio de los particulares. Así, pues, las leyes penales que reduzcan penas deberán tener siempre efectos retroactivos, dado que tales efectos benefician a los condenados con penas mayores según disposiciones anteriores.
2. En materia procesal civil no existe disposición uniforme respecto a la retroactividad de la ley; en todo caso existen disposiciones específicas para seguir aplicando las disposiciones anteriores. Un ejemplo de ello lo constituye el artículo 2o. transitorio del *Código Civil para el Distrito Federal*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1997, que dice:

Los procedimientos de carácter civil que se encuentren pendientes de resolución a la entrada en vigor del presente decreto, se substanciarán y resolverán conforme a las disposiciones vigentes al momento de su inicio.⁷⁵

Esto presume la no retroactividad.

CONFLICTO DE LEYES EN EL ESPACIO

El conflicto de leyes en el espacio parece surgir del ámbito espacial o territorial de las normas; aunque también puede presentarse o estar relacionado con problemas derivados del ámbito personal de validez.

El conflicto de leyes en el espacio se produce cuando, en determinadas circunstancias, colisionan dos sistemas jurídicos en un mismo ámbito espacial de validez, es decir, cuando existe más de una norma aplicable o vigente en un mismo espacio para resolver una controversia, se debe decidir cuál norma es la que ha de aplicarse.

El conflicto de leyes en el espacio surge por el hecho de que a una situación jurídica determinada en un lugar específico se le puedan aplicar, por diversas circunstancias, leyes de distintos Estados.

⁷⁵ Aun cuando los estudiantes para los que está dirigido este texto no hayan cursado materias procesales, resulta relevante mostrar cómo funciona la retroactividad en el *Código Civil*.

Principios de territorialidad y extraterritorialidad de la ley

Las normas, como ya lo hemos estudiado, son aprobadas e inician su vigencia para un determinado territorio o espacio. En nuestro sistema hay normas aplicables en todo el territorio de la República, otras que sólo tienen aplicación en las entidades federativas, por mencionar algunas, y entre ellas suelen generarse conflictos que si bien no son frecuentes, se solucionan en forma sencilla. Sin embargo, no ocurre así cuando nos encontramos frente a normas que corresponden a diferentes soberanías, es decir, cuando las normas en conflicto pertenecen a diferentes Estados o naciones igualmente soberanos, lo que produce conflictos relacionados con el derecho internacional.

En general, el principio de territorialidad supone la aplicación de la norma jurídica en el territorio de la soberanía del Estado al cual pertenece la norma y cuyo poder soberano, determinado para tal efecto, la aprobó, constituyéndose el orden jurídico nacional o normas nacionales.

Si entre los diferentes Estados o las distintas soberanías y sus respectivos ciudadanos no existiera relación alguna, tal vez los problemas serían mínimos; sin embargo, sucede todo lo contrario y, más bien, cada día con mayor facilidad los Estados establecen relaciones jurídicas múltiples y variadas entre ellos, por ello ahora, como nunca, las relaciones entre los ciudadanos particulares de los diferentes Estados también son diversas, además de instantáneas, lo que produce pugnas frecuentes entre los diversos sistemas jurídicos del mundo.

Esta circunstancia produce además problemas complejos que deben ser resueltos por los Estados, donde parece que éstos, empujados por la facilidad de las relaciones económicas, políticas, financieras, comerciales y personales, se ven obligados a legislar globalmente, ya sea tomando en cuenta las situaciones globales de intercambio, para influir en las legislaciones de los demás o de acuerdo a las circunstancias internas con una mirada puesta en lo que hacen otros Estados, lo que a veces pareciera sacrifica la soberanía o modifica la concepción de soberanía y territorialidad de la ley.

El principio de territorialidad de las normas se encuentra vinculado a la territorialidad del Estado; de tal manera que el territorio del Estado no es sino el ámbito espacial de validez del orden jurídico. En este tenor, Hans Kelsen señala:

Al territorio de un Estado pertenecen sus colonias, de las que puede hallarse separado por el Océano, y también las llamadas “*enclosures*” (territorios enclavados), que se encuentran totalmente rodeadas por el territorio de otro Estado. Estas áreas geográficas separadas forman una unidad sólo en cuanto uno y el mismo orden jurídico es válido

para todas ellas. La unidad del territorio estatal y, por ende, la unidad territorial del Estado, es una unidad jurídica, no geográfica natural. Pues el territorio del Estado no es en realidad sino el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado.⁷⁶

Lo anterior no significa que las leyes de un Estado no puedan aplicarse en el territorio de otro Estado, sino más bien que el orden jurídico internacional delimita su aplicación. Kelsen al respecto dice:

El territorio del Estado es el espacio dentro del cual los actos de éste y, especialmente, los coercitivos, se permite que se realicen, el espacio dentro del cual el Estado, es decir, sus órganos están autorizados por el derecho internacional para ejecutar los órdenes jurídicos nacionales [...]

Que la validez del orden jurídico nacional se encuentre limitada por el orden jurídico internacional a un cierto espacio, al llamado territorio del Estado, no significa que el orden jurídico nacional esté autorizado únicamente para regular la conducta de los individuos que viven en ese espacio. En principio la restricción refiérese solamente a los actos coactivos establecidos por el orden jurídico nacional y al procedimiento que conduce a tales actos [...] Un Estado puede, sin violar el derecho internacional, enlazar sanciones a hechos antijurídicos cometidos dentro del territorio de otro Estado.⁷⁷

• Los conflictos de leyes en el espacio y el derecho internacional privado

Como podemos observar, el problema de los conflictos de leyes en el espacio se encuentra vinculado al derecho internacional privado.

Es común que la facilidad con que se pueden establecer las relaciones jurídicas entre diversos individuos de diferentes nacionalidades, facilite el surgimiento de problemas de colisión o enfrentamiento de leyes, en virtud de que los distintos individuos se encuentran sujetos a distintas soberanías y, por ende, a distintos sistemas jurídicos. Estos problemas se agrupan en el siguiente esquema:

1. Problemas derivados de la nacionalidad.
2. Problemas referentes a la extranjería.
3. Problemas de conflicto de leyes en el espacio.

⁷⁶ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México, 1983, p. 247.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 248.

Aun cuando estos problemas son diferentes, están relacionados y no hay normas estrictamente uniformes para su solución. En todos ellos se presentan por lo menos estas características:

- a) Una situación jurídica concreta.
- b) Situaciones jurídicas reguladas por normas de diversos Estados.
- c) Dos o más normas que regulan y pueden aplicarse para solucionar las situaciones jurídicas que se presentan.

Existen varias escuelas que analizan los conflictos de leyes en el espacio, las cuales, siguiendo las posturas de los juristas García Máynez y Ortiz Urquidi, se clasifican en:⁷⁸

- 1. Escuelas que defienden el principio de territorialidad.
- 2. Escuelas que defienden la extraterritorialidad.
- 3. Escuelas mixtas, que se pronuncian, dependiendo de la circunstancia, por la aplicación del principio de territorialidad o por la aplicación de normas extraterritoriales.

Ahora bien, para entender el problema del conflicto de aplicación de leyes en el espacio, y sobre todo para entender la solución que da nuestra legislación, es necesario reseñar brevemente algunas teorías o escuelas jurídicas que se plantearon resolver este problema.

1. *Teoría de los estatutos*

Esta escuela expuso que el problema del conflicto de leyes en el espacio se reduce a la determinación de la autoridad territorial o extraterritorial de los preceptos; para solucionar esto sólo existen tres posibilidades:

- a) **Aplicar el principio de la territorialidad absoluta.** De conformidad con el cual las leyes de cada Estado se aplican exclusivamente dentro del territorio del mismo y se aplican, además, a todas las personas que en el territorio del Estado se

⁷⁸ Cfr. E. García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, pp. 401-416, y R. Ortiz Urquidi, *Derecho Civil*, Porrúa, México, pp. 196-213.

encuentren, sean nacionales o extranjeras, e independientemente de la calidad en que se encuentren.

- b) **Aplicar el principio de la extraterritorialidad absoluta.** De conformidad con este principio se invadiría la soberanía de los distintos Estados y también resulta de aplicación imposible.
- c) **Aplicar el principio de la territorialidad y extraterritorialidad combinadas.** Este principio supone muchas variantes y parece ser el más adecuado y es adoptado en mayor o menor medida por las distintas escuelas.

Es evidente que la solución ideal al problema de aplicación de leyes en el espacio es la aplicación del principio de territorialidad absoluta pues haría prácticamente imposible el surgimiento de conflictos, por estar frente a una soberanía absoluta.

Desde el tiempo de los glosadores se expresó la imposibilidad de aplicación práctica del principio de territorialidad absoluta, surgiendo en la escuela de los comentaristas o glosadores la teoría de los estatutos, de la cual nos ocupamos.

Esta teoría de los estatutos nació, como lo afirmamos anteriormente, desde la Edad Media, particularmente en el siglo XIII con la escuela de los comentaristas o glosadores, y alcanzó su máximo desarrollo con Cino de Pistoia, Bártolo y Baldo.

Bártolo es, entre estos comentaristas, quien se planteó el problema del ámbito espacial de las normas con el nombre de la vigencia espacial del derecho extranjero. En su estudio Bártolo distingue entre:

- Leyes relativas a las cosas o *circa rem*.
- Leyes concernientes a las personas o *circa personam*.
- Leyes que versan sobre la forma de los actos.

A partir de la distinción anterior surgió la teoría de los estatutos personales, reales y mixtos. La distinción entre estatutos formulaba lo siguiente:

- Los estatutos personales, es decir, los relacionados con la persona, acompañan siempre y por todas partes al sujeto. Entre éstos se encuentran las normas relativas a la condición jurídica de las personas, y es comprensible que estas disposiciones acompañen a las personas a donde quiera que se encuentren, como es el caso de la mayoría de edad. Se consideran extraterritoriales porque acompañan a las personas independientemente del territorio donde se encuentren.

- Los estatutos que atañen a las cosas son por esencia territoriales y se apegan a leyes que rigen en el territorio en que se encuentran.
- Por último, se hallan las reglas que determinan la forma de los actos jurídicos, por eso los comentaristas medievales establecieron el principio *locus regit actum*, es decir, “el lugar donde se lleve a cabo rige al acto”, donde se sigue el principio de territorialidad.

Según la formulación de algunos comentaristas se tienen las siguientes conclusiones:

- a) Las leyes relativas a la condición jurídica de la persona son extraterritoriales, dado que acompañan a la persona a donde quiera que se encuentre y no se puede despojar de esas condiciones jurídicas que le son propias.
- b) Las leyes que se refieren a las cosas son territoriales.
- c) Las leyes que determinan la forma en que se llevan a cabo los actos jurídicos serán las del lugar donde éstos se realicen.

2. *Escuela francesa*

Su fundador, D'Argentré (1519-1590), parte del principio de que todos los estatutos son reales. Esta escuela se ocupa de estudiar:

- a) El objeto de los estatutos, que agrupa a las tres categorías mencionadas antes: los estatutos reales, personales y mixtos que se refieren tanto a las personas como a las cosas.
- b) Los límites de aplicación de los estatutos los formula de la siguiente manera: Las costumbres son reales y sólo por excepción pueden ser personales. Ortiz Urquidi explica que la escuela francesa sostenía el principio de la territorialidad de las leyes, reduciendo las excepciones al mínimo; la de las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas eran regidos por el estatuto personal, puesto que aun con la categoría de los estatutos mixtos, inventada por D'Argentré, fue estimada como de aplicación territorial. Esta escuela mencionaba que un estatuto real o mixto era un estatuto territorial, mientras que el personal era un estatuto extraterritorial.⁷⁹

⁷⁹ R. Ortiz Urquidi, *op. cit.*, p. 204.

- c) El fundamento mismo de la solución de conflictos surgidos de su aplicación queda constituido por la obligatoriedad de la justicia.

3. *Escuela holandesa*

Fue creada por Pablo y Juan Voet, así como por Ulrich Huber, quienes vivieron entre 1610 y 1694. Esta escuela aceptaba prácticamente los mismos puntos de la escuela francesa, es decir, el objeto de los estatutos, los límites de aplicación de los estatutos, pero rechazaba el punto que versaba sobre la obligatoriedad de la justicia; pues los jueces no están obligados a observar en ningún caso leyes extranjeras, ya que esto va contra la independencia de los Estados y en algunos casos conviene hacerlo, como en los estatutos personales, sólo por cortesía internacional y porque se espera reciprocidad de los otros Estados.

A partir del siglo XIX, toma auge el desarrollo de las escuelas que estudian el problema de la aplicación de leyes en el espacio como consecuencia del surgimiento de las codificaciones modernas que prevalecen hasta nuestros días. Entre ellas cabe citar los códigos civiles suizo, alemán y, sobre todo, francés.

4. *La escuela de la territorialidad o escuela angloamericana*

Parte del principio de la escuela holandesa de que las leyes de cada país son territoriales y que la aplicación de leyes extraterritoriales obedecen al principio de cortesía, pero que bajo ninguna circunstancia se aplican por obligatoriedad. Esta situación cambió a principios del siglo XX, y la cortesía se vio desplazada por la obligatoriedad derivada del surgimiento de normas de derecho uniforme contenidas en los tratados internacionales que, en el pasado siglo XX y principios del XXI, se han hecho más abundantes en torno a las diversas materias; esto ha hecho realidad la codificación internacional y, sobre todo, la existencia de órganos jurisdiccionales internacionales.

5. *Escuela del justo equilibrio de Savigny (1779-1861)*

Hacia hincapié en que es excesivo resolver el problema de aplicación de leyes en el espacio, por ello, propuso la búsqueda del justo equilibrio entre los principios de territorialidad y de extraterritorialidad.

El método que utiliza esta escuela procede de la manera siguiente:

- a) Desecha la clasificación de los estatutos en reales y personales, puesto que hay estatutos que no conciernen ni a las cosas ni a las personas.
- b) Cuando hay leyes extranjeras competentes no se aplican por cortesía, sino por obligación jurídica. Los jueces sólo deben aplicar leyes de su país a las personas y a los casos para los cuales fueron expedidos, pues sólo se aplica una ley extranjera porque es la única competente en virtud de “la comunidad de derecho romano” existente entre los países, pero no porque los jueces se inclinen, en modo alguno, ante una autoridad extranjera ni tampoco por concesión.
- c) Determinar los límites de aplicación de las leyes, para lo cual distingue:
 - i. El derecho de la persona a la cual se aplica la ley del domicilio.
 - ii. El derecho aplicable a cada relación jurídica en particular, esto es, en caso de que la persona intervenga en diversas relaciones jurídicas, el derecho de la persona debe ceder ante la ley aplicable a esas relaciones. El problema consistirá en investigar cuál es esa ley y para ello se recurre a la idea de que toda relación jurídica está localizada en un cierto lugar, que se determina mediante la idea de la “sumisión voluntaria”.⁸⁰

6. Escuela de Antonio Pillet o del objeto social

Parte de que es precisamente el derecho internacional el que debe resolver el problema de extender la autoridad de las leyes nacionales a las relaciones internacionales, para lo que debe partir de las ideas de:

- a) Respeto a la soberanía, que no es, ni puede ser, una concesión. Más bien es una cuestión de derecho, porque deriva de un principio de derecho interno público positivo: “el del respeto de las soberanías”.
- b) Mantenimiento del objeto social de las leyes, por ejemplo, el derecho internacional privado propone proyectar, sin deformaciones, la imagen inicial de las leyes nacionales a fin de realizar el fin social que el legislador esperaba de ellas.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 209.

Ésa es la razón de que se analice el derecho interno, de modo que el carácter de estas leyes descansa en:

- i. La permanencia, la cual consiste en que la ley se aplica incesantemente y de una manera constante.
- ii. La generalidad, que quiere decir que la norma se aplica a todos los individuos y a todas las relaciones jurídicas en su territorio. “Una ley sobre menores y otra sobre matrimonio se aplican en forma *permanente*, respectivamente, al menor desde que nace hasta que es mayor, y al casado mientras tenga este carácter; pero no a determinados menores o casados, sino a todos sin exclusión y en lo cual consiste la *generalidad*.”⁸¹

De acuerdo con lo anterior, las características de las normas del derecho interno (sobre todo la permanencia y la generalidad) son opuestas. Por una parte, la generalidad apunta hacia la territorialidad de la ley, ya que supone la aplicación a todos los sujetos y a todas las relaciones jurídicas dentro del ámbito de un territorio; por otra parte, la permanencia nos lleva a lo opuesto, es decir, a la extraterritorialidad, dado que acompañan al sujeto donde quiera que éste se encuentre.

Al proyectarse en el ámbito internacional una de estas características será sacrificada; pero el problema radica en determinar si la ley en esas relaciones es permanente o general. Para hacerlo sólo se determina el objeto social de la ley de que se trate, resultado de descubrir el fin que el legislador se ha propuesto proteger, sean las personas, los bienes, la sociedad, etcétera.

Si se beneficia a un particular, el carácter que prepondera es el de la permanencia, sacrificando así la generalidad. Si se está beneficiando a la sociedad hay que hacer preponderar la generalidad, sacrificando entonces la permanencia.

Las leyes relativas al estado y capacidad de las personas están en el primer caso, porque el fin perseguido por la ley al respecto es proteger al nacional donde quiera que esté (principio de extraterritorialidad); mientras que las relativas a los bienes muebles, delitos, impuestos, tránsito, forma, etc., persiguen el fin de proteger a la sociedad y por eso son territoriales, ya que prepondera la generalidad sobre la permanencia.

⁸¹ *Ibidem*, p. 211.

En caso de duda de a quién beneficia la ley se puede recurrir a otro procedimiento: ver quiénes resultan perjudicados por su inaplicación. Si es un interés particular del perjudicado con tal inaplicación, se estimará que la ley debe ser permanente (principio de extraterritorialidad). Por el contrario, si se trata de un interés social, la ley debe ser general (principio de territorialidad).⁸²

7. Escuela de la personalidad

Denominada por su origen escuela italiana moderna, fue fundada por Mancini. Parte del principio de que todas las leyes son personales. Para sustentar este principio se basa en que *las leyes se hacen para las personas, ya que a éstas es a quienes conciernen*.

Los argumentos que utiliza para sustentarse son los siguientes:

- a) Político: basado en el principio constitutivo de la nacionalidad, según el cual todas las personas que forman parte de una nación deben constituir un Estado. Donde quiera que se encuentren, las personas no dejan de pertenecer a esa nación y, por tanto, sus leyes deben acompañarlos.
- b) Jurídico: según el cual el Estado, más que potestad sobre un territorio, es, ante todo, un conjunto de personas entre las que existe un vínculo contractual. De allí que pueda concebirse un Estado sin territorio, como es el caso de los pueblos nómadas; pero no un Estado sin nacionales.

Los partidarios de esta escuela admiten tres excepciones al régimen de la personalidad que son:

- El orden jurídico internacional, opuesto a la aplicación de las leyes extranjeras en un país. Por ejemplo, en el régimen de propiedad de inmuebles, regido por la *lex rei sitae*, es decir, “la ley del lugar se aplica donde se encuentre la cosa”.
- La regla *lex regit actum*, según la cual “los actos han de sujetarse, en cuanto a la forma, a la ley del lugar de su celebración”.
- La “autonomía de la voluntad”, donde las partes son libres para determinar la ley a la cual desean someterse en la celebración de contratos.

⁸² *Ibidem*, p. 208.

• Disposiciones del código civil sobre conflicto de leyes en el espacio

Nuestro *Código Civil* establece reglas generales para resolver problemas de conflictos en el espacio, debido a que las disposiciones específicas y detalladas son objeto de otras materias y de otras normativas.

Pero, ¿cómo aborda el *Código Civil* este problema? Podemos contestar esto desde tres ángulos generales, que se explican enseguida:

- a) **Principio general de territorialidad y extraterritorialidad.** La disposición general respecto a la territorialidad y extraterritorialidad se encuentra contenida en el artículo 12 del *Código Civil para el Distrito Federal*, el cual dice: “Las leyes para el Distrito Federal se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeras”. Según esta disposición, nuestro código consagra, como regla general, el principio de territorialidad.
- b) **Reglas para determinar el derecho aplicable.** Las reglas para la determinación del derecho aplicable se encuentran contenidas en el artículo 13 del *Código Civil Federal*, en el que se estipula: La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas:
 - I. **Regla general para determinar el derecho aplicable:** I. “Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas.” Esta disposición —se puede advertir— se apeg a la teoría de los derechos adquiridos.
 - II. **Regla referida al Estado y la capacidad de las personas:** II. “El Estado y la capacidad de las personas se rige por el derecho del lugar de su domicilio.”
 - III. **Regla referida a los bienes:** Nuestro *Código Civil Federal* dice: III. “La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros.” En nuestra legislación, de acuerdo con esta fracción del artículo citado, recoge el principio *Lex rei sitae*.
 - IV. **Regla referente a la forma de los actos jurídicos:** Al respecto el *Código Civil Federal* dispone: IV. “La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de tener efectos en el

Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal. V. Salvo lo previsto en las dos fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.” En esta disposición se advierte que la forma de los actos jurídicos se acoge, como regla general, al principio *Locus regit actuum o al principio Lex loci executionis*, es decir, aplica el principio de “la ley del lugar donde se celebren” o “ley del lugar donde se ejecuten”; aunque también se observa que se deja a la libre voluntad de las partes, es decir, está de acuerdo con el principio de “autonomía de la voluntad” para designar la aplicabilidad de otro derecho.

- V. **Regla referente a la aplicación del derecho extranjero:** De conformidad con la última fracción del artículo 13 de nuestro *Código Civil Federal*, existe la posibilidad de aplicar el derecho extranjero, mismo que se regula en el artículo 14 tanto del *Código Civil Federal* como del *Código Civil del Distrito Federal*, el cual dice: En la aplicación del derecho extranjero se aplicará lo siguiente:
- I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;
 - II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado;
 - III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;
 - IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y
 - V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de

tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resulte aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

Finalmente, para concluir este apartado, nuestra legislación también especifica cuándo no es posible aplicar un derecho extranjero, y estos casos aparecen de manera expresa en el artículo 15 tanto del *Código Civil Federal*, como del *Código Civil del Distrito Federal*, en el que se dice que:

No se aplicará el derecho extranjero:

- I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el Juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y
- II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Se puede decir, a partir de lo estudiado en este apartado que la aplicación de leyes en el espacio plantea muchos problemas, los cuales se han tratado de bosquejar, pero de ninguna manera se han agotado. Muchos de los problemas aquí planteados se resuelven mediante la aplicación de normas de derecho uniforme, que son normas acordadas entre los diferentes Estados, mediante la celebración de tratados internacionales, objeto de estudio del derecho internacional.

PROBLEMAS DE CONTRADICCIÓN DE LEYES (ANTINOMIAS JURÍDICAS)

Los sistemas jurídicos son cada día más complejos no sólo por la cantidad de leyes que comprenden, sino por la diversidad de contenido o materias que regulan las normas.

El derecho regula prácticamente todos los ámbitos de nuestra vida, y en la medida en que las relaciones humanas se tornan más complejas el derecho también se complica. En la actualidad, el avance tecnológico ha significado el contacto instantáneo entre seres humanos con distintas culturas y pertenecientes a distintos sistemas jurídicos, lo cual resulta benéfico. Sin embargo, este hecho impone retos a las legislaciones actuales, dado que se ha vulnerado nuestra esfera jurídica, al perderse

prácticamente nuestra intimidad y sus respectivos derechos, pues el ámbito de lo privado se hace público.

Ante estas circunstancias, los sistemas jurídicos también se ven afectados, de tal manera que las legislaciones de los distintos países deben ocuparse no sólo de su esfera interna, sino de la afectación que las esferas externas tienen sobre sus ámbitos internos. Ésa es la razón de que parezca imposible legislar al margen de la legislación de los demás países. Es una realidad cada vez más intensa que los países deben legislar hacia el interior tomando siempre en cuenta lo que ocurre en el exterior. Algunos, también hay que decirlo, legislan hacia el exterior tomando en cuenta lo interior, vulnerando la soberanía de otros Estados. Esto plantea nuevos retos al derecho que se hace en el presente, aunque también al que se elaborará en el futuro, ya que pone en tela de juicio o cuestiona una serie de conceptos muy arraigados. Esta situación provoca que las legislaciones sean cada vez más complejas y que los sistemas jurídicos se desborden y pierdan coherencia; de modo tal que es difícil mantener la armonía del sistema.

Uno de los problemas más anejos del derecho, pero que en la actualidad se han vuelto recurrentes, es el de las antinomias jurídicas o problemas de contradicción de leyes.

El problema de la incompatibilidad de las normas ha sido un problema tradicional para los juristas de todos los tiempos, dado que siempre ha sido una realidad innegable que existen normas a todas luces contradictorias, aun cuando en el derecho prevalece, desde la época de los romanos, la idea de que en el sistema jurídico no existen contradicciones. Es más exacto reconocer que hay contradicciones entre las normas, que deben ser resueltas por los órganos jurisdiccionales mediante una serie de actividades, como la interpretación, en las que se intentan resolver los equívocos de la ley y las contradicciones que se presenten entre ellas.

Concepto de antinomia

La antinomia (del griego *anti*, contra, y *nomos*, ley) designa un conflicto entre dos leyes, esto es, una antinomia se presenta cuando en el ordenamiento legal existen dos o más normas que regulan de modo diferente una misma situación; entonces, se presenta el problema de cuál norma aplicar. De modo que las antinomias representan un problema de aplicación del derecho.

En términos generales, las contradicciones derivan de los dos siguientes aspectos:

- Condiciones de validez de las normas y, cuando esto se presenta, su solución se sujeta a criterios de jerarquía y competencia.
- Pérdida de vigencia, cuya solución se fundamenta en criterios cronológicos.

Por lo común, se afirma que en el derecho no puede haber antinomias o contradicciones, por la razón de que el derecho u ordenamiento jurídico constituye un sistema coherente y, como tal, supone la ausencia de antinomias. Con todo, las contradicciones entre normas se presentan y pueden darse de tres maneras:

- a) Entre una norma que manda hacer alguna cosa y una norma que la *prohíbe* (contrariedad). Conflicto entre mandato y prohibición.
- b) Entre una norma que *manda* hacer y otra que permite no hacer (contradictoriedad). Conflicto entre mandato y permiso negativo.
- c) Entre una norma que *prohíbe* hacer y una que permite hacer (contradictorieidad). Conflicto entre prohibición y permiso positivo.⁸³

Existe antinomia o inconsistencia, como la denomina Alf Ross, entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas.

No obstante lo anterior, complementa Betegón:

[...] para que exista antinomia han de cumplirse dos condiciones, aun cuando puedan parecer una obviedad:

Primera: que las dos normas pertenezcan al mismo ordenamiento (o que aun perteneciendo a distintos ordenamientos éstos se hallen en una relación de dependencia entre sí);

Segunda: que las dos normas compartan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material).⁸⁴

Entonces, podemos deducir que Betegón define que las antinomias son *situaciones en que dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas*.

⁸³ Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Debate, México, 1993, p. 199.

⁸⁴ J. Betegón Carrillo, *op. cit.*, p. 271.

Tipos de antinomias

Los diferentes tipos de incompatibilidad entre las normas originan diversos tipos de antinomias o inconsistencias.

Las inconsistencias o incompatibilidades entre las normas, según Alf Ross, pueden ser de tres tipos:

1. Inconsistencia o antinomia total–total: cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra.
2. Antinomia o inconsistencia total–parcial: cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera.
3. Antinomia parcial–parcial: cuando una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos.⁸⁵

Además de estos tipos de antinomias, Betegón menciona otros dos tipos entre normas que permiten identificar los diferentes conflictos normativos:⁸⁶

- a) Antinomias aparentes, es decir, aquellas que esconden un problema de invalidez de una de las normas en conflicto; ya sea por entrar en conflicto con una norma superior o bien por derivar de un acto normativo inválido.
- b) Antinomias reales, es decir, aquellas que son producidas entre normas perfectamente válidas y que sólo plantean el problema de la elección de la norma que ha de aplicarse.

Criterios para la solución de antinomias

Si tomamos en cuenta que el ordenamiento jurídico constituye un sistema, la presencia de las antinomias es un defecto del mismo que debe resolverse, es decir, en el sistema jurídico no puede haber antinomias o como dice Bobbio:

Dado que “antinomia” significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión

⁸⁵ Alf Ross, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁸⁶ J. Betegón Carrillo, *op. cit.*, p. 273.

de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir más que en eliminar una de las dos normas (en caso de normas contrarias, también será necesario eliminar las dos). Pero, ¿cuál de las dos normas debe ser eliminada? Éste es el problema más grave de la antinomia.⁸⁷

Los doctrinarios proponen tres reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) El criterio cronológico, *lex posterior derogat prior*, según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior. Este criterio es lógico y sencillo, pues es una manifestación de la voluntad de quien hizo la ley, es decir, el legislador por un acto posterior de la voluntad decide cambiarla. Por consiguiente, la norma anterior, expresión también de la voluntad anterior del legislador, queda derogada.
- b) El criterio jerárquico, *lex superior derogat inferior*, según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma que es jerárquicamente superior. Este principio queda consagrado en el artículo 133 constitucional, que dice:

Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

- c) El criterio de especialidad, *lex specialis derogat generalis*, según la cual de dos normas incompatibles, una general y otra especial, prevalece esta última. Respecto a esta regla Norberto Bobbio explica:

La situación de antinomia creada por la relación entre una ley general y una ley especial corresponde al tipo de antinomia *total-parcial*. Esto significa que cuando se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino sólo aquella parte de la ley general que es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia *parcialmente*.⁸⁸

⁸⁷ Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 204.

⁸⁸ Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 207.

Las antinomias aparentes, bautizadas así por Betegón, se resuelven en forma sencilla, precisamente por ser aparentes, del modo siguiente:

1. Criterio de jerarquía (*lex superior derogat inferior*), a través del cual se ordena la preferencia de la norma superior sobre la inferior.

Al respecto, en *Lecciones de teoría del derecho* de Betegón se señala que:

La resolución de una antinomia por aplicación del criterio jerárquico es en realidad la forma en que los órganos de jurisdicción ordinaria aseguran la observancia del principio jerárquico, lo que tiene lugar aplicando directamente la norma superior y actuando eventualmente los mecanismos para declarar la invalidez de la norma inferior. No obstante, en los sistemas donde existe el llamado “privilegio jurisdiccional de la ley” o “privilegio del legislador”, el respeto de la ley a la Constitución sólo puede garantizarlo un órgano específico, el Tribunal Constitucional u órgano similar, por lo que, para resolver los conflictos entre ley y Constitución en aplicación del criterio de jerarquía, los jueces ordinarios se verán obligados a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional (u órgano similar).⁸⁹

2. Criterio de competencia, se enuncia diciendo que en caso de conflicto entre una norma competente y otra que no lo es, prevalece —como es lógico suponer— la primera. Este criterio de competencia fue denominado por Betegón como el más básico de todos los criterios. Una norma que regula una materia de la que carece de competencia resulta inválida, y una vez constatada esta invalidez trae como consecuencia su inaplicabilidad.

Las *antinomias reales* se solucionan de la manera siguiente:

1. Criterio de prevalencia. Este criterio parece asimilarse a los criterios de jerarquía y competencia y se presenta para resolver conflictos entre normas válidas pertenecientes a subsistemas normativos distintos, es decir, la prevalencia es una regla prevista para dirimir antinomias cuando existe competencia concurrente (la competencia concurrente se presenta cuando dos normas tienen competencia para regular una misma materia, este caso sucede, por ejemplo, en normas de materia ecológica donde hay normas concurrentes, federales y locales). Por lo común, se

⁸⁹ J. Betegón, *op. cit.*, p. 275

encuentran normas de competencia concurrente en los Estados federales, como en nuestro país y las distintas disposiciones normativas dicen que ley prevalecerá.

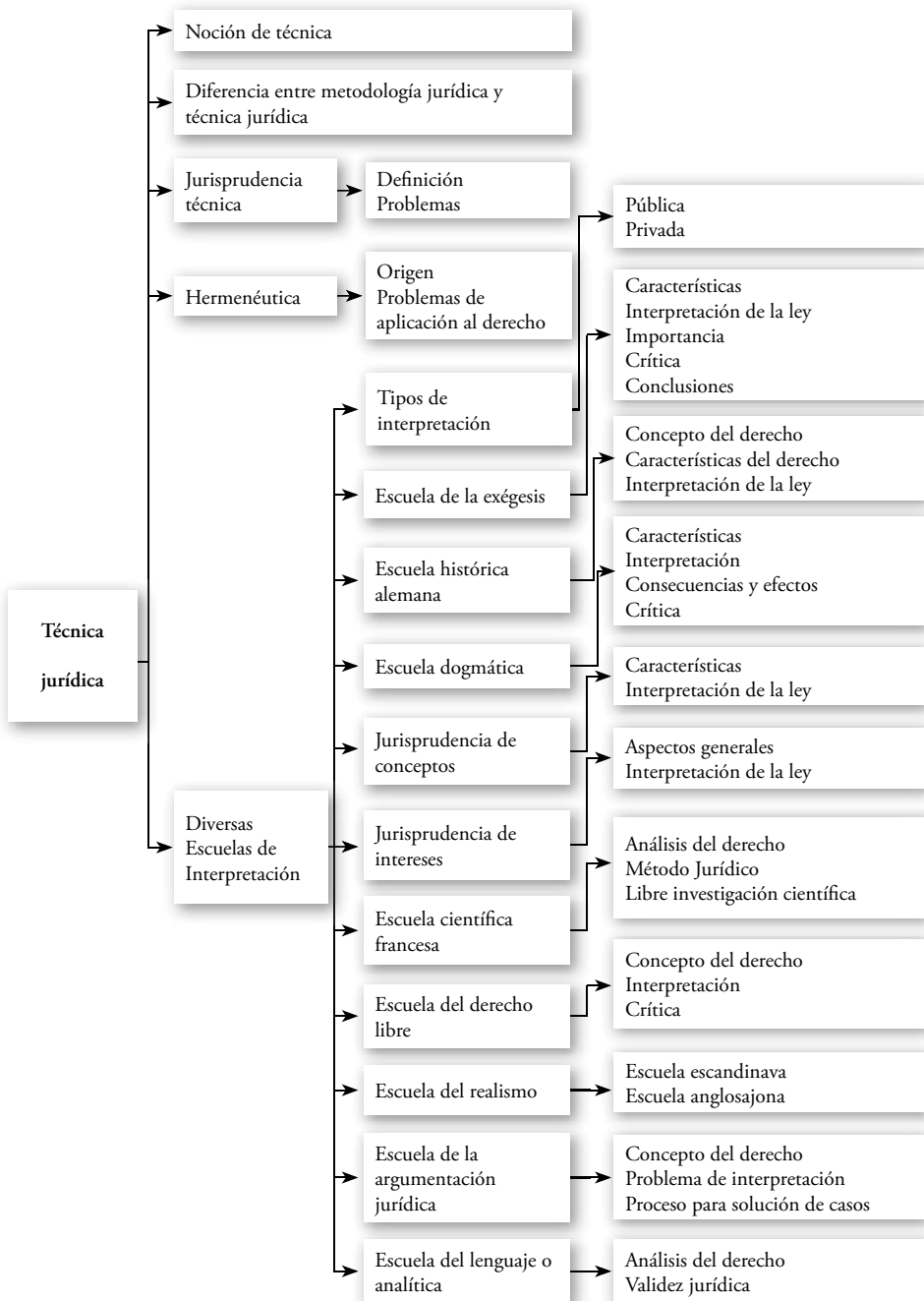
2. Criterio cronológico *lex posterior derogat prior*. Este criterio plantea que entre dos normas incompatibles prevalece la posterior. Nuestro *Código Civil Federal* acoge este principio en su artículo 9o., que a la letra dice que: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.”
3. Criterio de especialidad *lex specialis derogat generalis*. Este principio, ya explicado en palabras del maestro Bobbio, es reconocido por Betegón para solucionar antinomias reales:

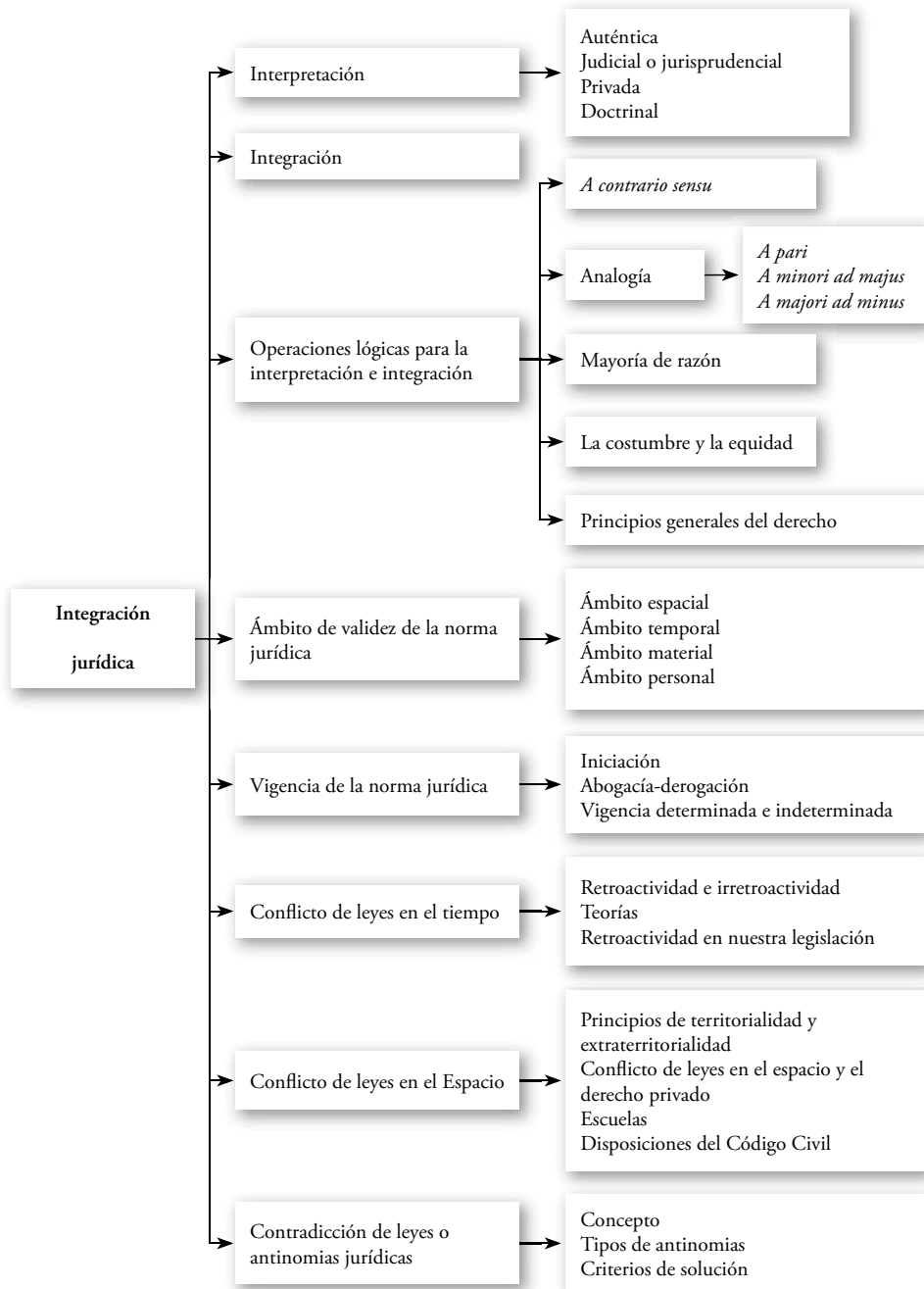
...la aplicación del criterio de especialidad consiste en hacer una interpretación restrictiva de la norma general expulsando el supuesto de hecho especial (en cuya regulación se ocasiona el conflicto) del supuesto de hecho general de la norma. En otras palabras, lo que suele denominarse criterio de especialidad es tan sólo una interpretación restrictiva de la norma general que tiene por objeto la disolución del conflicto presentando el caso como una *diferente regulación normativa para una distinción de supuestos de hecho establecida sobre la base de la “especialidad”*.⁹⁰

En conclusión, la existencia de las antinomias es una realidad, unas pueden ser aparentes y otras reales, pero el verdadero problema consiste encontrar la posibilidad de resolverlas, tarea que le corresponde a los juristas; por eso es que ha existido la tendencia de decir que en el derecho, como sistema ordenado y coherente, no hay antinomias. Por eso, parece más acertado afirmar que *el derecho pretende ser un sistema coherente y, en este sentido, no puede permitir incoherencias o contradicciones; y en caso de haberlas (porque sí las hay), deben ser resueltas mediante los criterios que aporta la doctrina jurídica y la jurisprudencia*.

Para finalizar estudie los siguientes esquemas que resumen la información de este capítulo.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 278





ACTIVIDADES

- I. Busque artículos del *Código Civil* en los cuales sea posible hacer las distintas operaciones lógicas de interpretación (*a pari*, *a contrario sensu*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus*, *mayoría de razón*, etcétera).
- II. Trate de encontrar en su *Código Civil*, artículos que contengan antinomias. Le advertimos que no será fácil; una vez encontradas, clasifíquelas e intente hallar la solución de acuerdo con lo explicado en este capítulo.
- III. Conteste el siguiente cuestionario.
 1. ¿Qué es la técnica legislativa?
 2. ¿Qué es la técnica de aplicación del derecho?
 3. Defina la jurisprudencia técnica.
 4. ¿Qué es la sistemática jurídica?
 5. Explique brevemente cuál es el origen de la hermenéutica.
 6. Describa los problemas que trae consigo la aplicación del derecho.
 7. ¿Qué es la interpretación auténtica?
 8. ¿Qué es la interpretación jurisprudencial?
 9. ¿Qué es la interpretación doctrinal?
 10. ¿Qué hace la escuela de la exégesis para descubrir la voluntad del legislador?
 11. ¿Cuáles son las características del derecho par la escuela histórica?
 12. ¿Qué se debe hacer para interpretar la ley, según la escuela histórica?
 13. Explique las características de la jurisprudencia dogmática.
 14. ¿Qué es la interpretación para la jurisprudencia dogmática?
 15. ¿Cuáles son las reglas que hay que seguir para terminar la construcción del derecho, propuestas por Jhering?
 16. ¿Qué se debe hacer para interpretar la ley, según la jurisprudencia de conceptos?
 17. ¿Qué se puede criticar a la jurisprudencia de intereses?
 18. ¿Cuáles son las clases de interpretación para la escuela científica francesa?
 19. ¿Cuáles son los problemas de interpretación para el realismo escandinavo?
 20. Explique los problemas lógicos del realismo escandinavo.
 21. ¿Cómo se resuelven los casos jurídicos referentes a la interpretación, según la escuela de la argumentación jurídica?

22. ¿Cuáles pasos se deben seguir para el esclarecimiento de los conceptos jurídicos, según la escuela analítica o del lenguaje?
 23. ¿Qué es la interpretación *a contrario sensu*?
 24. ¿Cuál es el principio de la analogía?
 25. ¿Qué es la analogía a pari?
 26. Dé ejemplos de aplicación del principio de analogía *minori ad majus*.
 27. ¿Qué es la mayoría de razón?
 28. Explique el concepto de “costumbre” en nuestra legislación.
 29. ¿Qué son los principios generales del derecho?
 30. ¿Qué es la validez jurídica?
 31. Explique el ámbito espacial de validez.
 32. ¿Qué son las normas de vigencia determinada?
 33. ¿Cuándo se dice que el Estado actúa como soberano?
 34. ¿Qué son las normas de derecho privado?
 35. ¿Qué son las normas individualizadas?
 36. Explique qué es la vigencia.
 37. Explique la teoría de los derechos adquiridos.
 38. ¿Cuál es la tesis de J. Bonnecase sobre la retroactividad de la ley?
 39. Explique cómo opera la retroactividad en nuestra legislación.
 40. ¿Qué son los estatutos personales?
 41. ¿Qué son los estatutos que atañen a las cosas?
 42. Según la formulación de los comentaristas, ¿cómo son las leyes relativas a la condición de las personas?
 43. ¿Cuál es el método de la escuela del justo equilibrio de Savigny?
 44. Explique los argumentos de la escuela italiana.
 45. Explique las excepciones aceptadas por la escuela italiana al régimen de la personalidad.
 46. De acuerdo con nuestro *Código Civil Federal*, ¿cuándo es procedente la aplicación de un derecho extranjero?
 47. ¿Cuándo se presenta una antinomia?
 48. ¿Cuáles son los tipos de antinomias?
 49. Explique el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad para resolver antinomias.
 50. ¿Cómo se resuelven las antinomias aparentes?
-

Bibliografía

- Álvarez Gardiol, Ariel. *Manual de filosofía del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1979.
- Ander-Egg, Ezequiel. *Introducción a las técnicas de investigación social*, Humanitas, 8a. ed., Buenos Aires, 1979.
- Aristóteles, *Moral, a Nicómaco*, tr. Patricio Azcárate, Espasa Calpe, 6a. ed., Madrid, 1972.
- . *La política*, tr. Patricio Azcárate, Espasa Calpe, México, 1993.
- . *La política*, tr. Antonio Gómez Robledo, UNAM, México, 2000.
- Arrillaga Torrens, R. *La naturaleza del conocimiento*, Paidós, México, 1987.
- Austin, John. *Sobre la utilidad de la jurisprudencia*, Editora Nacional, México, 1974.
- Azuara Pérez, Leandro. *Estudios filosóficos del derecho*, “Los conceptos jurídicos fundamentales” (Homenaje al Dr. Eduardo García Máynez), UNAM, México, 1973.
- Bascuñán, V. A. *Manual de técnicas de investigación jurídica*, Editorial Jurídica, Chile, 1961.
- Berger, Peter y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*, tr. Silvia Zuleta, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1986.
- Betegón Carrillo, J. y otros. *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Betti, Emilio. *La interpretación de las leyes y de los actos jurídicos*, Edersa, España, 1975.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.
- . *Contribución a la teoría del derecho*, tr. Adolfo Ruiz Miguel, Valencia, Fernández Torres editor, 1990.
- . *Teoría general del derecho*, tr. Eduardo Roza Acuña, Debate, Madrid, 1993.
- . *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizione di comunità, 1984.
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*, tr. Vicente Herrero, FCE, México, 1988.
- Bonnecase, Julien. *La escuela de la exégesis*, Cajica, Puebla, 1944.
- Bremer Barrera, Juan José. *El panorama del conocimiento jurídico*, Asociación Nacional de Abogados, México, 1986.
- Bunge, Mario. *La ciencia, la filosofía y su método*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1980.
- . *La investigación científica*, Ariel, 7a. ed., Barcelona, 1980.

_____. *Teoría y realidad*, Ariel, Barcelona, 1975.

Carnelutti, Francesco. *Metodología del derecho*, Colofón, México, 1996.

Carrillo Prieto, Ignacio. *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, UNAM, México, 1979.

Casanovas, Pompeo y Juan José Moreso. *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, 28a. ed., Barcelona, 1994.

Cerroni, Uberto. *Marx y el derecho moderno*, Grijalbo, México, 1975.

_____. *Hans Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977.

Chalmers F., Alan. *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Siglo XXI, 4a. ed., Madrid, 1986.

Cisneros Farías, Germán. *Teoría del derecho*, Trillas, México, 2000.

Copleston, Frederick. *Historia de la filosofía*, tr. Juan Carlos García Borrón, tomo I, Ariel, 5a. ed., México, 1983.

Corominas, Joan y José A. Pascual. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, 2000.

Correas, Óscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*, Fontamara, México, 2000.

De Aquino, Tomás. *Summa Theologica*, tomos I y II, BAC, Madrid, 1961.

De Gortari, Eli. *La metodología: una discusión y otros ensayos sobre el método*, Grijalbo, México, 1978.

_____. *Metodología general y métodos especiales*, Océano, Barcelona, 1983.

_____. *Conclusiones y pruebas en la ciencia*, Océano, Barcelona, 1983.

Enríquez Coronel, Cuauhtémoc. *Hermenéutica*, INITE–Universidad Tecnológica de México, México, 2003.

Faría, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

Fassó, Guido. *Historia de la filosofía del derecho*, tr. José F. Lorca Navarrete, tomos I–III Pirámide, 3a. ed., Madrid, 1982.

Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004.

Ferraris, Mauricio. *Historia de la hermenéutica*, tr. Armando Perea Cortés, Siglo XXI, México, 2002.

_____. *La hermenéutica*, Taurus, México, 2000.

Ferrater Mora, José. *Diccionario de filosofía*, tomos I–IV, Ariel, Barcelona, 1994.

Fichter Joseph, H. *Sociología*, tr. Alejandro Esteban Lator Ros, Herder, 14a. ed., Barcelona, 1964.

Gadamer, Hans Georg. *Verdad y método*, trads. Ana Agudo Aparicio y Rafael de Agapito, tomos I y II, Sígueme, Salamanca, 1993.

García Máynez, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 1997.

_____. *Ensayos jurídico filosóficos*, UNAM, México, 1984.

- . *Filosofía del Derecho*, Porrúa, 4a. ed., México, 1983.
- . *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, 33a. ed., México, 1982.
- . *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, 2a. ed., México, 1996.
- . *Diálogos jurídicos*, Porrúa, 2a. ed., México, 1991.
- García, Trinidad. *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 29a. ed., México, 1991.
- Geny, Francois, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Reus, España, 1925.
- Gorski, D. P. y P. V. Travans. *Lógica*, tr. Augusto Vidal Roget, Grijalbo, 2a. ed., México, 1968.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, tr. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- Hegel, G. W. F. *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tr. Wenceslao Roces, tomo I, FCE, México, 1981.
- Hernández Gil, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Civitas, 2a. ed., Madrid, 1981.
- . *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981.
- Hernández Marín, Rafael. *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, 2a. ed., Madrid, 1989.
- Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, 2a. ed., Brañáin, 1995.
- . *Historia de la ciencia del derecho natural*, EUNSA, 3a. ed., España, 1996.
- Hohfeld, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, tr. Genaro R. Carrió, Fontamara, 4a. ed., México, 1997.
- Ihering, von Rudolph. *La lucha por el derecho*, Civitas, Madrid, 1985.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario jurídico mexicano*, tomos I–IV, Porrúa-UNAM, 2a. ed., México, 1988.
- Kantorowicz, Hermann. *La definición del derecho*, tr. J.M. de la Vega, Colofón, México, 1994.
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*, trads. Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad externado de Colombia, 2a. ed., Bogotá, 1999.
- Kaufmann, Arthur y Winfried Hassemer. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, tr. María José Fariñas Dulce y otros, Debate, Madrid, 1992.
- Kaufmann, Félix. *Metodología de las ciencias sociales*, tr. Eugenio Imaz, FCE, 2a. ed., México, 1986.
- Kedrov, M.B. y A. Spirkin. *La ciencia*, Grijalbo, México, 1968.

- Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*, tr. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1983.
- . *Teoría pura del derecho*, tr. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1983.
- . *Teoría general de las normas*, tr. Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 2003.
- . *El contrato y el tratado*, tr. Eduardo García Máynez, Colofón, México, 1994.
- . *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, tr. Eduardo Vásquez y otros, Fontamara, México, 1991.
- . *Teoría general del estado*, Editora nacional, México, 1948.
- Kelsen, Hans y otros. *Ficciones jurídicas*, Fontamara, México, 2003.
- Kosik, Karel. *Dialéctica de lo concreto*, Grijalbo, México, 1967.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, tr. Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994.
- Latorre, Ángel. *Introducción al derecho*, Ariel, 9a. ed., Barcelona, 1983.
- Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1978.
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, Nuevomar, 6a. ed., México, 1993.
- Lumia, Giuseppe. *Principios de teoría e ideología del derecho*, Debate, Madrid, 1986.
- Mardones, J.M. y N. Ursúa. “Materiales para una fundamentación científica” en *Filosofía de las ciencias humanas*, Fontamara, 3a. ed., México, 1987.
- Margadant Floris, Guillermo. *Derecho romano*, Esfinge, México, 1960.
- Maritáin, Jacques. *Introducción a la filosofía*, Círculo de Lectores, Buenos Aires, 1980.
- Marmor, A. *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1992.
- Márquez Muro, Daniel. “Controversia sobre los universales” en *Lógica*, Porrúa, México, 1980.
- Martínez Muñoz, Juan Antonio. *El conocimiento jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2005.
- Moreno Navarra, Gloria. *Teoría del derecho*, McGraw-Hill, México, 1999.
- Morris, Cohen y Ernest Nagel. *Introducción a la lógica y al método científico*, tomos I y II, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1979.
- Muñoz Rocha, Carlos. *Fundamentos para la teoría general del derecho*, Delma, México, 2000.
- Newton-Smith, W.H. *La racionalidad de la ciencia*, Paidós, Barcelona, 1987.
- Nieto García, Antonio. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.
- Nino, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Fontamara, México, 1993.

- . *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989.
- . *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 11a. ed., Barcelona, 2003.
- Nuria Bellosó, Martín y otros. *Materiales para prácticas de teoría del derecho*, Dickinson, Madrid, 2000.
- Olivé, León y otros. *La explicación social del conocimiento*, UNAM, México, 1985.
- . *Conocimiento sociedad y realidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- Olivecrona, Karl. *Lenguaje jurídico y racionalidad*, tr. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, 4a. ed., México, 1998.
- Ortiz Urquidí, Raúl. *Derecho civil*, Porrúa, México, 1982.
- Ovilla Mandujano, Manuel. *Teoría del derecho*, Duero, 7a. ed., México, 1990.
- Pattaro, Enrico. *Filosofía del derecho. Derecho. Ciencia jurídica*, tr. José Iturmendi Morales, Reus, Madrid, 1980.
- . *Elementos para una teoría del derecho*, tr. Ignacio Ara Pinilla, Debate, Madrid, 1991.
- Peces-Barba, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, 2a. ed., Madrid, 1984.
- . *Curso de teoría del derecho*, Marcial Pons, 2a. ed., Madrid, 2000.
- Peniche Bolio, Francisco. *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 5a. ed., México, 1980.
- Piaget, Jean y otros. *Construcción y validación de las teorías científicas*, Paidós, Argentina, 1986.
- Platón. *La República*, tr. Antonio Gómez Robledo, UNAM, México, 2000.
- Popper, Karl. *El desarrollo del conocimiento científico*, “Conjeturas y refutaciones”, Paidós, 2a. ed., Buenos Aires, 1979.
- . *La lógica de la investigación científica*, tr. Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 2004.
- . *El mito del marco común*, “En defensa de la ciencia y la racionalidad”, tr. Marco Aurelio Galmarini, Paidós, México, 2005.
- Pound, Roscoe. “How are we attaining a new measure of values in Twentieth century juristic thought” *West Virginia Law Review*, 1936.
- . *Justicia Conforme a Derecho*, Colofón, México, 1995.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, tr. Wenceslao Roces, FCE, México, 1993.
- Reale, Giovanni y Darío Antiseri. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, tomos I-III, Herder, 2a. ed., Barcelona, 1995.

- Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, 3a. ed., México, 1980.
- Robles, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1996.
- . *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 14a. ed., México, 2003.
- Rojas Roldán, Abelardo. *El estudio del derecho*, Porrúa, México, 2000.
- Ross, Alf. *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1967.
- . *Sobre el derecho y la justicia*, tr. Genaro R. Carrió, Eudeba, 2a. ed., Buenos Aires, 1970.
- Sánchez de la Torre, Ángel. *Textos y estudios sobre derecho natural*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985.
- Scarpelli Uberto. *¿Qué es el positivismo jurídico?*, tr. Jean Hennequin, Cajica, México, 2001.
- Schaff, Adam. *Historia y verdad*, Grijalbo, México, 1974.
- Serrano, José Luis. “Una teoría garantista a la teoría de la norma jurídica” en *Validez y vigencia*, Trotta, Madrid, 1999.
- Stewart, Richards. *Filosofía y sociología de la ciencia*, Siglo XXI, México, 1987.
- Tamayo y Salmorán, R. *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 1996.
- Tecla Jiménez, Alfredo y Alberto Garza Ramos. *Teoría, métodos y técnicas en la investigación social*, Taller abierto, 13a. ed., México, 1981.
- Vallado Berrón, Fausto. *El estudio del derecho*, Herrero, México, 1990.
- Verneaux, Roger. *Epistemología general o crítica del conocimiento*, Herder, 6a. ed., Barcelona, 1981.
- . *Filosofía del hombre*, Herder, 7a. ed., Barcelona, 1981.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991.
- Villar Palasi, José Luis. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, S/A.
- Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 7a. ed., México, 1987.
- . *Teoría general del derecho*, Porrúa, México, 1989.
- Villoro, Luis. *Creer, saber conocer*, Siglo XXI, 4a. ed., México, 1987.
- Zaccaria, G. *Razón jurídica e interpretación*, Civitas, Madrid, 2004.



ndice onomástico

- Álvarez Gardiol, A., 46
Ampere, André, 64
Ander Egg, E., 56
Aquino, Tomás de, 164*n*
Arcesilao, 21
Aristóteles, 63, 84, 164*n*, 214, 263
Austin, John, 177, 199
- Bachelard, Gastón, 94-95
Bascuñán Váldes, A., 42
Berger, P., 7, 11, 31
Bentham, Jeremy, 175, 198
Berkeley, George, 22
Betegón Carrillo, J., 276, 295-296
Betti, Emilio, 218
Bierling, 130
Bobbio, Norberto, 124, 151, 154*n*,
155-157, 296-297
Bodenheimer, Edgar, 227
Bonnecase, Julien, 223
Bremer, J.J., 39
Bunge, Mario, 37, 102, 105
- Carneades, 21
Cicerón, 168
Cohen, Morris, 75
Coin, 133
Comte, Augusto, 149
- D'Argentré, 286
De Gortari, Eli, 60, 91
Descartes, René, 21, 23
Dreier, Ralf, 126
- Droysen, 215-216
- Ferraris, Mauricio, 217
Ferrater Mora, José, 53, 85
Feyerabend, Paul K., 94
Fichter, H. J., 65
Frank, Jerome, 247
Fuchs, 241
- García Máyne, Eduardo, 145-146,
278, 284
Garza, Alberto, 57
Gény, Francois, 174, 237
Gorski, D. P., 28
- Hägerström, A., 243
Heck, Philip, 235
Hernández Gil, Antonio, 40, 110, 231
Hernández Marín, Rafael, 240-242,
247
Hervada, Javier, 171
Hooker, 165
Hohfeld, W. N., 147, 179
Huber, Ulrich, 287
Hume, David, 22
- Iudin, Pavel F., 28
- Jhering, Von, Rudolph, 177, 183, 230
- Kantorowicz, Hermann, 241
Kaufmann, Arthur, 250
Kedrov, M., 55, 57

- Kelsen, Hans, 131, 147, 151, 157*n*,
184-185, 200-203, 265-266, 282
Kriele, Wilhelm, 133, 248-249
Kosik, Karel, 8, 18, 35
Khun, Thomas, 94
- Lakatos, Imre, 94
Larenz, Karl, 132-133, 235, 248
Legaz y Lacambra, Luis, 151*n*, 250
Leibniz, Guillermo, 23
Llewellyn, Karl, N., 247
Locke, John, 22
Luckmann, T., 7, 11, 31
Lundestedt, A. V., 243
- Mannheim, Karl, 33
Maquiavelo, Nicolás, 169
Márquez Muro, Daniel, 62
Merlin de Douai, Felipe Antonio
Conde de, 278
Moor, Julius, 152
Müller-Erzbach, Rudolf, 235
- Nagel, Ernest, 75
Nieto García, Alejandro, 111
- Occam, Guillermo de, 22
Olivecrona, Karl, 243
Ortega y Gasset, José, 18
Ortiz Urquidí, Raúl, 278, 286
- Pirrón, 20
Platón, 25
Popper, Karl, 94, 102, 104-105
Pound, Roscoe, 165
Puchta, G. F., 129, 226
- Radbruch, Gustav, 170*n*, 172
Ranke, H., 215
Reinach, Adolf, 132
Reinhardt - Köning, 133
Robles, G., 126
Rosental, Mark M., 28
Ross, Alf, 157-160, 243-244, 295
Rümelin, Max, 235
- Sánchez de la Torre, Ángel, 164
Saarbrücken, M., 251
Sartori, Giovanni, 135
Savigny, Friederich Karl von, 128-129,
226-227
Schaff, Adam, 26, 33
Sexto Empírico, 20
Spinoza, Baruch, 23
Spirkin, A., 55, 57
Stamler, Rudolf, 171
Stewart, Richards, 54
Stoll, Hienrich, 235
- Tecla, Alfredo, 57
Travans, P. V., 28
- Vecchio, Giorgio del, 172
Verneaux, R., 24
Villoro, Luis, 27, 53, 56
Villoro Toranzo, M., 46, 123
Voet, Pabli, 287
- Watkins, John, 94
Welzel, Hans, 170
Windscheid, Bernardo, 130, 183,
233-234



Índice analítico

- Abrogación, 275
- Acción antijurídica, 200
 - y sanción, 200
- Actividad
 - científica, 60
 - filosófica, 60
 - práctica de la ciencia, 60
- Actos
 - coactivos que carecen de carácter, 201
 - jurídicamente regulados
 - ordenados, 190
 - prohibidos, 190
- Ámbito de las normas
 - espacial, 267
 - material, 269
 - personal, 271
 - temporal, 268
 - validez, 264, 265
- Analogía, 257
 - a majori ad minus*, 259
 - a minori ad majus*, 259
 - a pari*, 259
- Antinomia(s)
 - aparentes, 296
 - resolución, 298
 - concepto, 294-295
 - jurídicas, 293
 - parcial-parcial-296
 - reales, 296
 - resolución, 296-297, 298
 - total-parcial, 296
 - total-total, 296
- Argumentación jurídico racional, 133
- Argumento *a contrario sensu*, 256
- Ataraxia, 21
- Autonomía de la voluntad, 290
- Canon
 - de la actualidad del entender, 218
 - de la adecuación del entender, 219
 - de la autonomía hermenéutica, 218
 - de la totalidad y la coherencia, 218
- Captación generalizada de la realidad, 17ⁿ
- Ciencia(s)
 - clasificación, 62
 - concepto (s), 52, 55-56, 69^c
 - etimológico, 53, 69^c
 - filosófico, 55, 69^c
 - sociológico, 53, 69^c
 - cosmológicas, 64
 - de la jurisprudencia, 178
 - de la legislación, 178
 - del derecho, 108ⁿ
 - deductivas, 66, 68^c
 - especulativas, 63
 - estructura, 58, 69^c

- factuales, 64, 68*c*
- formales, 65, 68*c*
- histórico-sociales, 64
- inductivas, 66, 68*c*
- jurídica, 108
- método de la, 60
- naturales, 64
- neológicas, 64
- objetividad, 54
- objeto de la, 58
- prácticas, 63, 67, 70*c*
- teóricas, 67, 68*c*
- Clasificación de la ciencia, 62, 68*c*, 70*c*
 - de acuerdo con
 - el método, 65
 - la teoría, 66
 - los objetos, 64
 - en la Edad Media, 63
 - según André Ampère, 64
 - según Aristóteles, 63
 - reglas fundamentales, 63
- Comprobación, 86
- Conceptos jurídicos
 - contingentes, 146
 - fundamentales, 144-145, 147, 179-180, 203-204*c*
- Conceptualización, 83
- Conducta
 - ilícita, 191
 - lícita, 191-192
- Conflicto de leyes
 - en el espacio, 281
 - y derecho internacional privado, 283
 - en el tiempo, 276
- Conocimiento, 16-17
 - aspecto sociológico del, 26
 - científico, 35, 47*c*, 74
 - características, 36-37
 - y conocimiento común, diferencias, 37
 - concepto, 27, 30
 - común y conocimiento científico, diferencias, 37
 - esencia del, 24
 - historia del, 18
 - jurídico, 39, 110-111
 - clasificación, 42
 - práctico, 112
 - popular, 34, 48*c*
 - posibilidad del, 20
 - proceso del, 28-29
- Contradicción de leyes, problemas, 293
- Contrastación de una teoría, 105
- Controversias, resolución de, 256
- Cosalidad, 8
- Costumbre, 261
 - tipos, 262
- Criteriología. *Véase* Teoría del conocimiento
- Deber
 - jurídico, 198-199
 - moral, 198
 - natural, 198
 - político, 198
 - religioso, 198
- Deducción, 66
- Delito, 201
- Derecho, 11-12, 39, 122, 125
 - aplicación, 209, 219
 - problemas, 219

- características, 228
- ciencia del, 108*n*
- concepto, 227
- de acción, 194
- de libertad, 190-192
- de los derechos humanos,
 - defensa de los, 137
- de petición, 194-195
- del obligado, 196
- del pretensor, 196
- elemento
 - formal, 184
 - sustancial, 184
- en Internet, 137
- funciones, 176
- globalizado, 139
- idea del, 131
- internacional privado y
 - conflicto de leyes, 283
- libre, 240
- manifestaciones del, 109
- natural, 167-168
 - postulados básicos, 175
- naturaleza del, 159
- personales o de crédito, 189
- principios generales, 264
- políticos, 196
- popular, 227
- positivo, 237
- racional, 248
- reales, 189
- teoría del, 121, 123-126
- vigente, 160, 163, 265
- Derecho(s) subjetivo(s), 181, 183, 197
 - a la conducta ajena, 187-188
 - a la propia conducta, 186
 - absolutos, 188
 - dependientes, 197
 - independientes, 197
 - políticos, 195
 - privados, 189
 - públicos, 189, 195
 - relativos, 188
 - según Hans Kelsen, 185
- Derogación, 275
- Diario Oficial de la Federación*, 272
- Dogmática jurídica. *Véase* Ciencia del derecho
- Eficacia, 266
- Empirismo, 22
- Epistemología. *Véase* Teoría del conocimiento
- Epohkhé*, 21
- Equidad, 262
- Escepticismo, 20
 - metódico, 21
- Escuela
 - angloamericana. *Véase* Escuela de la territorialidad
 - anglosajona, 247
 - científica de intereses, 237, 239
 - de Antonio Pillet, 288
 - de derecho libre, 240
 - de exégesis, 222-223
 - importancia, 224
 - de la argumentación jurídica, 248
 - de la personalidad, 290
 - de la territorialidad, 287

- de Tubinga. *Véase* Jurisprudencia
- de intereses
- del justo equilibrio
- de Savigny, 287
- del lenguaje o analítica, 250
- del objeto social. *Véase* Escuela de Antonio Pillet
- del realismo, 242
- escandinava, 243
- francesa, 286
- histórica alemana, 226
- holandesa, 287
- Estatutos personales, 285
- Exégesis, 223
- Facultas*
 - agendi*, 187, 192
 - omittendi*, 187, 193
 - optandi*, 192
- Falsación, 102*n*
- Fenómeno, 18*n*
- Filosofía
 - de los filósofos, 95
 - del derecho, 125
- Formalismo jurídico, 148, 155-156
- Fuentes
 - del conocimiento jurídico, 42, 44-45*c*, 46
 - indirectas, 43
 - directas, 42
 - formales del derecho, 42
- Función jurisdiccional, 193
- Gaceta Oficial*, 273
- Garantía
 - criminal, 258
 - penal, 258
- Globalización, 134
 - y teoría del derecho, 136
- Glosadores, 222
- Gnoseología. *Véase* Teoría del conocimiento
- Hecho, 8
- Hermenéutica, 211-212. *Véase también* Interpretación en el derecho, 216 origen, 212-213
- Historia del conocimiento, 18
- Idealismo, 24
 - jurídico, 177
- Inconsistencia, 245
- Inferencia, 85
 - inmediata, 85
 - mediata, 85
- Inducción, 65
- Información, 41
 - sostenida a prueba, 41
- Integración
 - concepto, 255
 - jurídica, 253, 301*c*
- Interpretación, 220. *Véase también* Hermenéutica
 - a contrario sensu*, 257
 - auténtica, 254
 - concepto, 234
 - de la letra y espíritu de la ley, 239
 - de la ley, 224, 234, 236, 238, 248
 - doctrinal, 255

- en el ámbito jurídico, 220
 - en la escuela histórica, 229
 - en la jurisprudencia dogmática, 231
 - extensiva, 239
 - gramatical, 225
 - judicial, 254
 - lógica, 225
 - lógico gramatical, 239
 - oficial o pública, 221
 - privada, 221, 255
 - problemas, 249
 - lógicos, 245
 - semánticos, 246
 - sintácticos, 245
 - procedimiento, 230
 - restrictiva, 239
- Interpretatio prudentium*, 221
- Inveterata consuetudo*, 261
- Isosteneia, 21
- Iusnaturalismo, 164
- Jurisprudencia, 178, 210
 - de conceptos, 129, 233
 - de intereses, 131, 235
 - dogmática, 230-231
 - técnica, 209-210
- Legislación, 178
- Ley(es)
 - comercial global, 137
 - de los tres estados, 149
 - eterna, 164
 - generalidad, 289
 - irretroactividad, 278
 - natural, 164
 - permanencia, 289
 - principio de territorialidad y extraterritorialidad, 282
 - problemas de contradicción, 293
 - retroactividad, 277-278, 280
- Libertad jurídica, 190
- Lógica, 84
- Marco teórico conceptual, 121
- Mayoría de razón, 260
- Materialismo, 25
- Método, 96c
 - concepto, 60, 74, 79, 123
 - de argumentación jurídico racional, 133
 - de investigación científica, 61
 - de la autoridad, 75
 - de la ciencia jurídica, 154
 - de la intuición, 76
 - de la tenacidad, 75
- Método científico, 76, 78, 80, 96c
 - características, 83
 - estructura, 87
 - objeto del, 87
 - planteamiento general, 81-83
- Método de interpretación
 - exegético puro, 224
 - sistemático, 224
- Metodología, 4, 90-91, 94, 97c, 116
 - como teoría del método, 92-93
 - de la ciencia, 94
 - funciones, 92
 - jurídica, 113-114, 116, 210
 - funciones, 115, 119
 - y teoría del conocimiento, 94

Modelo

- idealista-subjetivista, 33
- mecánico, 33
- que considera la realidad del sujeto y la del objeto, 33

Movimiento del derecho libre, 131

Norma jurídica, ámbito

- de validez, 265
- espacial, 267
- material, 269
- personal, 271
- temporal, 268

Norma jurídica, vigencia, 272

Normas

- contradicciones entre, 295
- de vigencia
 - determinada, 268, 275
 - indeterminada, 268, 275
- en materia
 - civil, 270
 - mercantil, 270
- estatales, 267
- federales, 267
- genéricas, 271
- individualizadas, 271
- municipales, 267

Normas de derecho

- privado, 269-270
- público, 269
 - externo, 270
 - interno, 270

Objeto, 30

- del método científico, 87

Onticidad, 8

Ontología, 11

Opinio iuris seu necessitatis, 261

Positivismo, 149-150

- analítico, 174
- jurídico, 151ⁿ, 152, 154ⁿ

Presuposiciones, 246

Principio

- de la extraterritorialidad
 - absoluta, 285
- de la territorialidad absoluta, 284
- de la territorialidad y la extraterritorialidad, 285, 291
- de utilidad, 176
- lex loci executionis*, 292
- locus regim actum*, 285, 292
- para determinar el derecho aplicable, 291
- a la aplicación del derecho extranjero, 292
- referente a la forma de los actos jurídicos, 291
- referida al Estado y la capacidad de las personas, 291
- referida a los bienes, 291

Proceso

- del conocimiento, 28-29, 48^c
 - factores que intervienen, 29, 30
- concepto, 89
- fases, 89
- legislativo, etapas, 273

Racionalismo, 23

Realidad

- captación generalizada, 17ⁿ

- concepto, 7-8, 13c, 123
- factual, 4, 8, 13c
- formal o abstracta, 4, 9-10, 13c, 59
- histórico-social, 9, 13c
- natural, 4, 9, 13c
- Realismo jurídico, 157
 - estadounidense, 247
- Redundancia, 245
- Regla(s)
 - de cobertura de la materia positiva, 232
 - de la belleza jurídica, 232
 - de no contradicción o de unidad sistemática, 232
 - de papel, 247
 - del ajedrez, 161-162, 243
 - del derecho judicial, 247
 - jurídicas reales, 247
 - lex specialis derogat generalis*, 297, 299
 - lex posterior derogat prior*, 297, 299
 - lex regim actum*, 290
 - lex rei sitae*, 290
 - superior derogat inferior*, 297-298
 - primarias, 161
- Relación entre sujeto y objeto, 32
- Sanción(es), 201-202
 - y acción antijurídica, 200
- Sistemática jurídica, 211
- Situación jurídica
 - abstracta, 280
 - concreta, 280
- Sujeto, 29
- Tarea cognoscitiva, 6
- Técnica, 208
 - de aplicación de las normas, 209
 - de formulación de las normas, 209
 - jurídica, 211, 300c
- Teoría(s), 61, 117, 140c
 - aspectos
 - del contenido, 102
 - formales, 102
 - históricos, 103
 - científicas, 104
 - concepto, 88, 100, 104, 123
 - contrastación de una, 105
 - de Hans Kelsen, 184
 - de la ciencia del derecho, 131
 - de la coactividad, 153
 - de la correlatividad, 182
 - de la interpretación bíblica, 214
 - de la voluntad, 183
 - de los estatutos, 284
 - de los derechos
 - adquiridos, 278
 - subjettivos, 183
 - de los objetos, 6n, 11
 - del derecho, 121, 123-126, 141c
 - bajo la influencia del concepto positivista de ciencia, 130
 - origen, 127
 - y globalización, 136
 - del interés o del beneficiario, 183

- eclectica de Jellinek, 184
- fenomenológica del, 132
- funciones, 101, 103
- General del Derecho, 123, 158
- global del derecho, 139
- histórica del derecho, 129
- imperativa del derecho, 198
- pura del derecho, 131
- psicológica del derecho de
 - Bierling, 130
- requisitos, 105-106
- significados, 62
- Teoría del conocimiento, 19, 40, 47*c*
 - jurídico, 107
 - funciones, 119
 - y metodología de la ciencia, 94
- Tesis
 - de Baundry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, 279
 - de Bonnecase, 280
 - de Paul Roubier, 279
 - de Planiol, 279
- Validez jurídica, 252, 266
- Verificación. *Véase* Comprobación
- Vigencia
 - concepto, 276
 - de las normas, 272
 - inicio, 274
 - pérdida, 275
 - espacial del derecho extranjero, 285
- Voluntad del legislador, medios para determinarla
 - directos, 225
 - indirectos, 226

El libro *Teoría del derecho*, del doctor Carlos I. Muñoz Rocha –experimentado profesor de la materia en las aulas de la Universidad Tecnológica de México y en la Universidad Autónoma Metropolitana– es, ante todo, una propuesta didáctica novedosa, tanto por el lenguaje empleado –claro, directo y fluido– como por la estructura de la obra.

El doctor Muñoz Rocha parte del supuesto, inaceptable para ciertos académicos tradicionalistas, pero evidente para un educador, como lo es él, que los estudiantes de la materia, por diversos motivos, carecen de los rudimentos de filosofía, metodología o teoría general de la ciencia; por ello, dedica los primeros cuatro capítulos de su obra a explicarlos cuidadosamente, con objeto de que el educando cuente con las nociones básicas para incursionar de manera segura en el estudio de la teoría del derecho.

Establecidos tales principios, el autor explora, de una manera sencilla, aunque no exenta de profundidad, rigor académico y sentido crítico, los aspectos generales de la teoría del derecho, sus conceptos jurídicos fundamentales, lo mismo que esos conceptos a la luz de algunas teorías jurídicas, para finalmente abordar la técnica jurídica, donde figuran temas tan importantes como las escuelas y métodos de interpretación jurídicos, al igual que los ámbitos de validez de normas, en el tiempo y en el espacio, entre otros.

No es sencillo tratar estas cuestiones, dotadas por sí de cierto grado de complejidad, de la manera tan accesible como las presenta el doctor Muñoz Rocha. Por ello, estamos convencidos de que será un material de lectura imprescindible para los estudiantes de la materia y de referencia necesaria para los profesores de la misma. De igual manera, precisamente por sus características, es un trabajo destinado a ser objeto de consulta para los estudiosos del derecho en general.

Lic. Humberto Enrique Ruiz Torres
Director Jurídico del Banco de México
y autor de *Derecho bancario*, *Diccionario del juicio de amparo* y *Curso general de amparo*.

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

derecho@oup.com
www.oup.com.mx

ISBN 978-970-613-848-4



9 789706 138484